



# KIRIKKALE HUKUK MECMUASI

Cilt 3 Sayı 2 | Ekim 2023



Volume 3 Issue 2 | October 2023

## KIRIKKALE LAW JOURNAL



e-ISSN : 2757-9964

# KIRIKKALE HUKUK MECMUASI

Cilt 3 Sayı 2 | Ekim 2023

e-ISSN: 2757-9964



KIRIKKALE LAW JOURNAL

Volume 3 Issue 2 | October 2023

KHM,  
2021 yılından (C.1 S.1) itibaren TR-DİZİN’de indekslenmektedir.  
KHM,  
Index Copernicus ve AcarIndex tarafından taranmakta ve  
Jurix Hukuk Dergileri Veritabanı’nda yer almaktadır.



## KIRIKKALE HUKUK MECMUASI | KIRIKKALE LAW JOURNAL

### Sahibi | Owner

Kırıkkale Üniversitesi Hukuk Fakültesi adına  
Dekan  
Prof. Dr. Mustafa Avcı

### Editörler | Editors

Doç. Dr. Hamdi Gökçe Zabunoğlu  
Doç. Dr. Yasemin Durak

### Editör Yardımcıları | Co-Editors

Arş. Gör. Yusuf Berat Baş  
Arş. Gör. Şeyma Kurt  
Arş. Gör. Evrim Haznedaroğlu

### Dil Editörleri | Language Editors

Türkçe: Arş. Gör. Onur Altunsu  
İngilizce: Öğr. Gör. Ergin Kesgin  
Almanca: Öğr. Gör. Nurhayat Yalçın

### Yayın Yönetim Yeri İletişim | Executive Office Contact

Kırıkkale Üniversitesi Hukuk Fakültesi  
Prof. Dr. Beşir Atalay Kampüsü  
Ankara Karayolu 7. km. 71453  
Yahşihan / Kırıkkale  
hukukmecmuasi@kku.edu.tr  
<https://kkm.info.tr>  
<https://dergipark.org.tr/tr/pub/kkm>

KIRIKKALE HUKUK MECMUASI, Nisan ve Ekim aylarında olmak üzere yılda iki defa yayımlanan hakemli elektronik bir dergidir.  
Dergiye yapılan atıflarda KHM kısaltması kullanılmalıdır.

KIRIKKALE LAW JOURNAL is a peer-reviewed review published in electronic media and published two times a year in April, October.  
KHM abbreviations shall be used in reference to the review.

Dergide yayımlanan yazılarda ileri sürülen görüşlerden ve bunlardan doğacak sorumluluk yazarlarına aittir. Fakültenin ve/veya Üniversitenin görüşü olarak değerlendirilemez.



## Yayın Kurulu | Editorial Board

Prof. Dr. Abdurrahman Saygılı – Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Türkiye.  
Prof. Dr. Arif Rıza – Prizren Ukshin Hoti Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Kosova.  
Prof. Dr. Barış Soyer – Swansea University Hillary Rodham School of Law, İngiltere.  
Prof. Dr. Mustafa Avcı, Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ankara, Türkiye  
Prof. Dr. Mustafa Özen, Kırıkkale Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Kırıkkale, Türkiye  
Prof. Dr. Ozan Can, Kırıkkale Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Kırıkkale, Türkiye  
Doç. Dr. H. Gökçe Zabunoğlu, Kırıkkale Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Kırıkkale, Türkiye  
Doç. Dr. Yasemin Durak, Kırıkkale Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Kırıkkale, Türkiye

## Danışmanlar Kurulu | Advisory Board

Prof. Dr. Ali Akyıldız – Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Türkiye.  
Prof. Dr. Ali Murat Özdemir – Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Türkiye.  
Prof. Dr. Aydın Başbuğ – İstanbul Sabahattin Zaim Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Türkiye.  
Prof. Dr. Bjorn Arp – American University, Washington Colloge of Law, Amerika.  
Prof. Dr. Cenker Göker – Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Türkiye.  
Prof. Dr. Cemal Oğuz – Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Türkiye.  
Prof. Dr. Çağlar Manavgat – Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Türkiye.  
Prof. Dr. Devrim Aydın – Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi, Türkiye.  
Prof. Dr. Doğan Soyaslan – Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Türkiye.  
Prof. Dr. Elif Uzun – Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Türkiye.  
Prof. Dr. Erdal Onar – Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Türkiye.  
Prof. Dr. Fatih Uşan – Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Türkiye.  
Prof. Dr. Gökhan Güneysu – Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Türkiye.  
Prof. Dr. Gül Okutan Nilsson – İstanbul Bilgi Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Türkiye.  
Prof. Dr. Haluk Hadi Sümer – Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Türkiye.  
Prof. Dr. Haluk Emiroğlu – Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Türkiye.  
Prof. Dr. Hans Lilie – Martin-Luther Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Almanya.  
Prof. Dr. Hayrettin Çağlar – Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Türkiye.  
Prof. Dr. Hayrunnisa Özdemir – Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Türkiye.  
Prof. Dr. İlhan Üzülmez – Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Türkiye.  
Prof. Dr. İsmail Kırca – TOBB Ekonomi Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Türkiye.  
Prof. Dr. Korkut Özkorkut – Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Türkiye.  
Prof. Dr. Kudret Güven – Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Türkiye.  
Prof. Dr. Lale Sirmen – Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Türkiye.  
Prof. Dr. Mehmet Turhan – Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Türkiye.  
Prof. Dr. Mertol Can – Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Türkiye.  
Prof. Dr. Muharrem Özen – Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Türkiye.  
Prof. Dr. Muhittin Astarlı – Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Türkiye.  
Prof. Dr. Murat Doğan – Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Türkiye.

Prof. Dr. Mustafa Ruhan Erdem – Yaşar Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Türkiye.  
Prof. Dr. Nadi Günal – Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Türkiye.  
Prof. Dr. Nezihe Binnur Tulukçu – Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Türkiye.  
Prof. Dr. Ryan Calo – Washington Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, ABD.  
Prof. Dr. Rifat Erten – Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Türkiye.  
Prof. Dr. Samim Ünan – Piri Reis Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Türkiye.  
Prof. Dr. Şafak Narbay – Sakarya Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Türkiye.  
Prof. Dr. Şebnem Akipek Öcal – TED Üniversitesi, Türkiye.  
Prof. Dr. Talat Canbolat – Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Türkiye.  
Prof. Dr. Yaşar Salihpaşaoğlu – Ankara Hacı Bayram Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Türkiye.  
Prof. Dr. Zarife Şenocak – Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Türkiye.  
Prof. Dr. Zeynel Kangal – Bursa Uludağ Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Türkiye.  
Doç. Dr. Abdurrahman Savaş – İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Türkiye.  
Doç. Dr. Ahmet Kılınç – Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Türkiye.  
Doç. Dr. Ali İbrahim Akkutay – Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Türkiye.  
Doç. Dr. Ayhan Selçuk Özgen – Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Türkiye  
Doç. Dr. Berat Lale Akkutay – Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Türkiye.  
Doç. Dr. Beşir Fatih Doğan, Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ankara, Türkiye  
Doç. Dr. Burçak Yıldız – Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Türkiye.  
Doç. Dr. Elvan Keçelioğlu – Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Türkiye.  
Doç. Dr. Emel Badur – Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Türkiye.  
Doç. Dr. Erhan Temel – Augsburg Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Almanya.  
Doç. Dr. Eşref Küçük – Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Türkiye.  
Doç. Dr. Hakan Albayrak, Çukurova Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Adana, Türkiye.  
Doç. Dr. Nilüfer Boran Güneysu – Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Türkiye.  
Doç. Dr. Turan Şahin, Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ankara, Türkiye.  
Doç. Dr. Sedat Sirmen – Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Türkiye.  
Doç. Dr. Şölen Külahçı – Uluslararası Kıbrıs Üniversitesi Hukuk Fakültesi, KKTC.  
Doç. Dr. Turgay Akalın – Kıbrıs Amerikan Üniversitesi Hukuk Fakültesi, KKTC.  
Dr. Öğr. Üyesi Mehmet Kodakoğlu – Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Türkiye.  
Dr. Öğr. Üyesi Sezercan Bektas, Sakarya Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Sakarya, Türkiye

## YAYIN POLİTİKASI VE ETİK KURALLARI

- Dergi yayın tarihleri: Bahar sayısı (Nisan) 30 Nisan'da Güz Sayısı (Ekim) 30 Ekim'de elektronik ortamda yayımlanır.
- Makaleler, dergiye dergipark yoluyla gönderilir. Dergiye gönderilen makaleler başka bir yerde yayımlanmamış veya yayımlanmak üzere gönderilmemiş olmalıdır. Makalenin dergimize gönderilmiş olması, yazarın bu konudaki taahhüdü anlamına gelir.
- Her sayıda bir yazarın sadece bir makalesi yayımlanabilir.
- Dergiye özel sayılar ve armağan sayıları hariç olmak üzere belli bir sayı için makale kabul edilmemektedir. Yazarlar istediği zaman makalesini gönderebilir. Değerlendirme süreci tamamlanan makaleler geliş tarihi, sayıdaki makalelerin konu ve alan ağırlıkları gibi hususlar dikkate alınarak hangi sayıda yayımlanacağına Editörlerce karar verilir. Makaleler için kesinlikle süre, sayı ve yayın garantisi verilmemektedir.
- Çalışmalar yayımlanmak üzere kabul edildiği takdirde, yazarlar elektronik ortamda tam metin olarak yayımlamak da dahil olmak üzere tüm telif haklarını devretmiş sayılır, yazarlara ayrıca telif ücreti ödenmez. Yazarlar, eserlerini gönderirken yazarlık ve telif hakkı devir formunu doldurarak makale ekinde göndermelidirler.
- Ayrıca, açık erişim sağlama politikaları kapsamında Kırıkkale Hukuk Mecmuası'nda editör ve/veya hakem değerlendirmesinden geçmiş bilimsel yayınlar "Creative Commons Atıf-Ticari-Türetilmez 4.0 Uluslararası Lisans (CC BY-NC-ND 4.0)" ile lisanslanmıştır.
- Dergide yayınlanan çalışmalarda ileri sürülen görüşlerden dolayı doğabilecek tüm sorumluluklar yazarlara aittir. Dergimizde yayınlanan makalelerde araştırma ve yayın etiğine uyulması zorunludur.
- Dergi, Yayın Etiği Komitesinin (COPE) "Dergi Editörleri için Davranış Kuralları ve En İyi Uygulama Rehber İlkeleri" ve "Dergi Yayıncıları için Davranış Kuralları" belgelerini takip etmektedir. COPE'nin belgeleri ile ilgili olarak bkz. <https://publicationethics.org>
- Makaleler, kaynakça hariç, dipnotlar dahil, en az 6.000 en çok 15.000 kelime olmalıdır. Tanıtım ve değerlendirme yazıları ise en az 1.500 kelime en çok 3.000 kelime olmalıdır.
- Yazarlar, unvanlarını, görev yaptıkları kurumları, iletişim adreslerini, ORCID bilgileri ile telefonlarını ve e-posta adreslerini bildirmelidirler. Yazar isimleri Türkçe ve İngilizce konu başlığının altında ve sağ tarafında yer almalı ve soyadının bitiminde yıldız konulmalıdır. Yıldızlı dipnotta yazarın unvanı, çalıştığı kurum, alanı, ORCID bilgileri ve e-posta adresi bildirilmelidir.
- Dergide Türkçe, Almanca ve İngilizce makalelere yer verilmektedir.
- Makalelerde -sırasıyla- Türkçe, İngilizce özetler bulunmalıdır.
- Ön inceleme aşamasında makaleler intihal tarama programında taranır. Azami %15 benzerlik oranını (bibliyografik materyaller, alıntılar ve %1 oranındaki küçük kaynaklar hariç tutulmak kaydıyla) aşan makaleler iade edilir.
- Editörler Kurulu tarafından ilk değerlendirilmesi yapılan ve yayın ilkelerine uygun olmadığı saptanan yazılar, hakeme gönderilmeden önce, yayın ilkeleri doğrultusunda düzeltilmesi için yazara iade edilir. Yazım yanlışlarının olağanın dışında bulunması, bilimsellik ölçütlerine uyulmaması, yazının Editörler Kurulu tarafından geri çevrilmesi için yeterlidir. İlk değerlendirmede

uygun bulunan yazılar, kör hakemlik ilkelerine uygun şekilde hakemlere gönderilir. Yazarlara yazının hangi hakemlere gönderildiği ile ilgili bilgi verilmez. Hakemlerden gelen raporlar doğrultusunda yazının yayımlanmasına, düzeltilmesine ya da geri çevrilmesine karar verilir.

□Tüm Hakem Raporları, ULAKBİM (Ulusal Akademik Ağ ve Bilgi Merkezi) Hukuk Veri Tabanı Komitesi tarafından denetlenmesine olanak verecek şekilde 5 yıl saklanır.

□Dergide hakem incelemesinden geçen çalışmaların yanı sıra çeviri makale, karar incelemesi, mevzuat değerlendirmesi ve kitap eleştirisi gibi yazılara da yer verilir. Bu tür yazıların yayımlanıp yayımlanmaması Yayın Kurulunca kararlaştırılır.

## YAZIM KURALLARI

- Dergiye gönderilecek yazılar, Chicago stiline (Notes and Bibliography / Dipnotlar ve Kaynakça) göre hazırlanmalıdır. (<http://www.chicagomanualofstyle.org/home.html>)
- Makalede Garamond ya da Adobe Garamond Pro yazı karakteri esas alınmalıdır.
- Makaleler “doc” ya da “docx” formatında kaydedilmelidir. A4 boyutundaki beyaz kâğıtta hazırlanmalı, üst ve sol tarafta 4 cm, altta ve sağ tarafta 3 cm kenar boşluğu bırakılmalıdır.
- Metin kısmı 11 punto, 1,15 satır aralıklı, iki yana yaslı, ilk satırlar 1 cm girintili, paragraftan sonra 6 nk boşluk bırakılarak yazılmalıdır. Satır sonlarında kelimeleri heceye bölmek için “-“ işareti kullanılmaz. Bunun yerine MS Word’ün “Otomatik Heceleme” özelliği kullanılır.
- Blok alıntılar, 10 puntoda, ilk satır girintisiz, tırnak işareti kullanılmadan, düz biçimde, soldan 1.25, sağdan girintisiz ve 1,15 satır aralıklı olmalıdır.
- Makale Adı: 14 punto, önce ve sonra 12 nk boşluk, 1,15 satır aralıklı olmalıdır. Makale ortaya yaslı yazılmalı, boşluklarla beraber toplam 100 karakteri aşmamalıdır.
- Öz ve Anahtar Kelimeler: 9 punto, 1.0 (tek) satır aralıklı, ilk satır 1 cm girintili, paragraftan önce ve sonra aralıksız (0 nk) olmalıdır.
- Makalenin 150-300 kelimelik Türkçe ve İngilizce özetine konuyu tanımlayan en az 3 en fazla 5 Anahtar kelime (arada boşluk bırakmaksızın) eklenmelidir.
- Başlıklar: Tüm başlıklar, her sözcüğü büyük harfle başlatarak, metin gövdesi ile başlıklar arasında satır boşluğu bırakılmaksızın kalın yazı tipiyle yazılmalıdır.
- Makale alt başlıkları (Giriş, Alt başlıklar, Sonuç, Kaynakça) koyu biçimde 11 punto, paragraftan önce 6 nk, sonra 6 nk boşluk bırakılarak, soldan 1 cm girintili yazılmalıdır.
- Dipnotlar: 9 punto, 1.0 (tek) satır aralıklı, 0,5 cm asılı (ilk satır diğerleriyle hizalı), iki yana yaslı, paragraftan önce ve sonra aralıksız (0 nk) olmalıdır.
- Kaynakça: 9 punto, 1,0 (tek) satır aralıklı, 1 cm asılı, iki yana yaslı, paragraftan sonra 6 nk boşluk bırakılarak yazılır.



İÇİNDEKİLER

<b>ELEKTRİK DAĞITIM ŞİRKETLERİNİN KİRA VE REKLAM GELİRİ ELDE ETMESİNİN ELEKTRİK PİYASASI HUKUKU BAKIMINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ</b> .....	139
THE EVALUATION OF ELECTRICITY DISTRIBUTION COMPANIES' RENT AND ADVERTISING INCOME IN TERMS OF ELECTRICITY MARKET LAW	
Doç. Dr. Beşir Fatih Doğan_& Akif Özkan	
<b>MESLEK HASTALIKLARINI ÖNLEMENE YÖNELİK DEVLETİN YÜKÜMLÜLÜKLERİ KAPSAMINDA LİSTE YÖNTEMİNİN ETKİSİ</b> .....	163
THE EFFECT OF THE LIST METHOD WITHIN THE SCOPE OF STATE OBLIGATIONS TO PREVENT OCCUPATIONAL DISEASES	
Dr. Öğr. Üyesi Çiğdem Yorulmaz	
<b>TÜRK HUKUKUNDA TEK SATICILIK SÖZLEŞMESİ VE İSLÂM HUKUKU AÇISINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ</b> .....	207
EXCLUSIVE DISTRIBUTORSHIP CONTRACT IN TURKISH LAW AND ITS EVALUATION IN TERMS OF ISLAMIC LAW	
Emrah Gökmen	
<b>PORTEKİZ İDARE HUKUKU: ANAYASAL ÇERÇEVE, İDARİ USUL VE YARGISAL DENETİM</b> .....	237
PORTUGUESE ADMINISTRATIVE LAW: CONSTITUTIONAL FRAMEWORK, ADMINISTRATIVE PROCEDURE AND JUDICIAL REVIEW	
Dr. Öğr. Üyesi Halim Alperen Çıtak	
<b>DAVA ŞARTI ARABULUCULUĞA TABİ İŞÇİ-İŞVEREN UYUŞMAZLIKLARINDA İŞVEREN TARAFINDAN YETKİLENDİRİLEN ÇALIŞANIN İŞVERENİ TEMSİL ETMESİ</b> .....	271
REPRESENTATION OF THE EMPLOYER BY THE EMPLOYEE AUTHORIZED BY THE EMPLOYER IN PREREQUISITE MEDIATION IN EMPLOYER - EMPLOYEE DISPUTES	
Doç. Dr. Leyla Akyol Aslan	
<b>İSVİÇRE FEDERAL MAHKEMESİ İÇTİHATLARI ÇERÇEVESİNDE ORTAK VE ALACAKLILARIN YÖNETİCİLERİN MAL VARLIĞINDAN ŞİRKETTEN ÖNCE YARARLANMA İHTİMALİNE KARŞI BİR ÖNLEM</b> .....	301
ACCORDING TO DECISIONS OF THE SWISS FEDERAL COURT A MEASURE AGAINST THE POSSIBILITY OF SHAREHOLDERS AND CREDITORS BENEFITING FROM THE ASSETS OF THE DIRECTORS BEFORE THE COMPANY	
Dr. Temel Güner	
<b>ELEKTRONİK TİCARET PAZAR YERİNDE ARACILIK SÖZLEŞMESİ</b> .....	317
INTERMEDIATION CONTRACT IN ELECTRONIC MARKETPLACE	
Doç. Dr. Emel Badur& Kutluay Hatipoğlu	

<b>ABONMAN SİGORTA SÖZLEŞMELERİNİN TTK M. 1408 HÜKMÜ AÇISINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ</b> .....	357
EVALUATION OF FLOATING INSURANCE CONTRACTS IN CONTEXT OF ARTICLE 1408 OF TURKISH COMMERCIAL CODE	
Dr. Öğr. Üyesi Aydın Alber Yüce	
<b>TERÖRLE MÜCADELE HUKUKUNDA İSTİHBARATIN YERİ</b> .....	375
THE ROLE OF INTELLIGENCE IN COUNTERTERRORISM LAW	
Dr. Duhan Kalkan	
<b>KONKORDATONUN TASDİKİ SÜRECİNDE GEREKÇELİ RAPORUN TEVDİİ VE TASDİK KARARI VERİLMESİ BAKIMINDAN ÖNGÖRÜLMÜŞ SÜRELERE UYULMAMASININ SONUÇLARI</b> .....	403
CONSEQUENCES OF NON-COMPLIANCE WITH THE PEREMPTORY TERMS FORESEEN FOR DELIVERY OF THE REASONED REPORT AND MAKING A DECISION IN THE APPROVAL PROCESS OF THE CONCORDAT	
Emsalgül Doğan	
<b>TÜRK HUKUKUNDA HÂKİMİN HUKUKİ VE CEZAİ SORUMLULUĞU</b> .....	433
CIVIL AND CRIMINAL LIABILITY OF THE JUDGE IN TURKISH LAW	
Muhammed Halil Ayaklı	
<b>İSLAM VE MODERN HUKUK EKSENİNDE SAVAŞ ESİRLERİ</b> .....	473
PRISONERS OF WAR IN İSLAM AND MODERN LAW	
Dr. Öğr. Üyesi İsmail Yılmaz	
<b>KİTAP ÜSTÜNE KİTAP KOYMAK: İSLAM HUKUKU ZEYİL EDEBİYATINA DAİR BİR TASNİF DENEMESİ</b> .....	497
WRITING A BOOK ON ANOTHER BOOK: AN ATTEMPT OF CLASSIFYING SUPPLEMENTARY (ZAYL) LITERATURE ON İSLAMIC JURISPRUDENCE	
Dr. Ali Hakan Çavuşoğlu	
<b>LIMITS AND EXCLUSIONS OF THE RIGHT TO LIFE UNDER THE EUROPEAN CONVENTION ON HUMAN RIGHTS AND TURKISH LAW</b> .....	525
AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİ VE TÜRK HUKUKU KAPSAMINDA YAŞAMA HAKKININ SINIRLARI VE İSTİSNALARI	
Dr. Fatih Ulaşan	
<b>İDARE HUKUKUNDA GEREKÇE İLKESİ VE SAĞLADIĞI HUKUKİ KORUMA</b> .....	551
THE PRINCIPLE OF JUSTIFICATION IN ADMINISTRATIVE LAW AND THE LEGAL PROTECTION IT PROVIDES	
Dr. Öğr. Üyesi Ayşe Almila Tanrıverdi	
<b>HANEFİ HUKUK DÜŞÜNCESİNDE AKDİN BÖLÜNMEZLİĞİ İLKESİ: MAHİYETİ VE UYGULAMADAKİ YANSIMALARI</b> .....	551
THE PRINCIPLE OF İNDIVISIBILITY OF CONTRACT IN HANAFİ LEGAL THOUGHT: ITS NATURE AND İMPLICATIONS IN PRACTICE	
Dr. Adem Yığın	

İntihal | Plagiarism: Bu makale, en az iki hakem tarafından incelendi ve intihal içermediği teyit edildi.

| This article has been reviewed by at least two referees and scanned via a plagiarism software.

# ELEKTRİK DAĞITIM ŞİRKETLERİNİN KİRA VE REKLAM GELİRİ ELDE ETMESİNİN ELEKTRİK PİYASASI HUKUKU BAKIMINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

## THE EVALUATION OF ELECTRICITY DISTRIBUTION COMPANIES' RENT AND ADVERTISING INCOME IN TERMS OF ELECTRICITY MARKET LAW

Doç. Dr. Beşir Fatih Doğan\*

Akif Özkan\*

### ÖZ

Türkiye' deki özelleştirme çalışmalarından elektrik dağıtım piyasası da etkilenmiş ve nihayetinde TEDAŞ yerini 21 elektrik dağıtım şirketine (EDAŞ) bırakmıştır. Dağıtım şirketi, tekel niteliğinde olan elektrik dağıtım hizmetinin, mevzuatın öngördüğü şekilde son kullanıcı olan müşteriye sunulmasını sağlayan ve ayrıca işletme hakkı devri sözleşmesi ile bölgesinde tek yetkili olan şirkettir. Bu şirketler özel hukuk tüzel kişisi olduklarından dolayı, mevcut alt yapıyı kullanabilmeleri ve bir kamu hizmeti niteliğinde olan elektrik dağıtım faaliyetini yerine getirmeleri için idare ile işletme hakkı devri sözleşmesi imzalamaları gerekmektedir. İşletme hakkı devri sözleşmesi, dağıtım şirketlerinin elektrik dağıtım varlıklarını ne şekilde kullanabileceğini düzenleyen en önemli belgedir. Elektrik dağıtım varlıklarının mülkiyeti TEDAŞ' a ait olup bu varlıklar işletme hakkı devri sözleşmesi ile ve sadece dağıtım faaliyetinde bulunulması şartıyla dağıtım şirketlerine kullanılmaktadır. Bazen dağıtım şirketleri sözleşmede belirtilen yetkileri aşır, söz konusu elektrik dağıtım varlıklarını amaçları dışında kullanılmaktadırlar. TEDAŞ'ın mülkiyetinde olan bu varlıkların kullanılarak elde edilen gelirin paylaşılmasında TEDAŞ'ın kapsam dışı bırakılması mülkiyet hakkına hâle getirmektedir. Bu makalede, ilgili mevzuat, denetim raporları, yargı kararları ve özellikle mülkiyet hakkı bağlamında konu irdelenmiştir.

**Anahtar Kelimeler** Elektrik Dağıtım Şirketi, Elektrik Dağıtım Tesisi, İşletme Hakkı Devri Sözleşmesi, Reklam Geliri, Mülkiyet Hakkı

\* Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Özel Hukuk Bölümü Ticaret Hukuku Ana Bilim Dalı Öğretim Üyesi.

0000-0003-3683-7171 bfdogan@hacettepe.edu.tr

\* Hacettepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Bölümü Doktora Öğrencisi

0000-0003-1376-1442 av.akifozkan@gmail.com



Bu eser Creative Commons Alıntı-GayriTicari-Türetilemez 4.0 Uluslararası Lisansı ile lisanslanmıştır. This work is licensed under a Creative Commons Attribution-NonCommercial-NoDerivatives 4.0 International License.



## ABSTRACT

The electricity distribution market was also affected by the privatisation efforts in Turkey and eventually TEDAŞ was replaced by 21 electricity distribution companies (EDAŞ). The electricity distribution company is the company that provides the monopoly electricity distribution service to the end-user customer as stipulated by the legislation and is also the only authorised company in its region with the operating right transfer agreement. Since these companies are private law legal entities, they are required to sign a transfer of operating rights agreement with the administration in order to use the existing infrastructure and fulfil the electricity distribution activity, which is a public service. The transfer of operating rights agreement is the most important document regulating how distribution companies can use electricity distribution assets. The ownership of electricity distribution assets belongs to TEDAŞ and these assets are made available to distribution companies under a transfer of operating rights agreement and on condition that only distribution activities are carried out. Sometimes distribution companies exceed their contractual authorisations and use these electricity distribution assets for other purposes. The exclusion of TEDAŞ from the scope of the sharing of the income obtained from the use of these assets, which are the property of TEDAŞ, prejudices the right to property. The issue will be analysed in the context of the relevant legislation, audit reports, judicial decisions and especially the property right..

**Keywords** Electricity Distribution Company, Electricity Distribution Facility, Transfer of Operating Rights Agreement, Advertisement Revenue, Property Right

## GİRİŞ

Türkiye Elektrik Dağıtım Anonim Şirketi'nin (TEDAŞ) kurumsal yapısının değiştirilmesi ve fiili anlamda dağıtım faaliyetlerinden çekilmesi sonrasında, elektrik dağıtım piyasası 21 elektrik dağıtım şirketine (EDAŞ) bırakılmıştır. Söz konusu elektrik dağıtım şirketleri dağıtım tesislerini işletebilmek için TEDAŞ ile 2006 yılında işletme hakkı devri sözleşmesi imzalamış ve piyasa faaliyeti yürütebilmek için de Enerji Piyasası Düzenleme Kurumu'ndan (EPDK) elektrik dağıtım lisansı olarak faaliyetlerine başlamışlardır.

Bir kamu hizmeti olan elektrik dağıtım faaliyetinin sağlıklı olarak yürütülebilmesi için hazırlanan bu zeminde piyasa faaliyetleri ve sözleşme ilişkisi sebebiyle taraflar arasında hukuki uyumsuzluklar ortaya çıkabilmektedir<sup>1</sup>. Örneğin elektrik dağıtım varlıklarının kullanımı ve bu kullanım sonucunda gelir elde edilmesi hususu TEDAŞ ve dağıtım şirketleri arasında uyumsuzluğa konu olmuştur.

Çalışmamızda TEDAŞ ve dağıtım şirketlerinin yapıları incelenmiş, işletme hakkı devir sözleşmesi ve Sayıştay'ın konu ile ilgili raporu irdelenmiş olup bazı hukuki uyumsuzluklar ile ilgili verilen yargı kararları hakkında değerlendirmelerde bulunulmuştur.

### I. TEDAŞ'IN YAPISI VE FONKSİYONLARI

Türkiye'de özelleştirme çalışmaları 1980'lerde başlamış, 1983 sonrası tüm hükümetlerin programlarında yer almıştır<sup>2</sup>. Bunun sonucu olarak 15.9.1993 tarihli Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe giren 12 Ağustos 1993 gün ve 93/4789 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı ile Türkiye Elektrik Kurumu (TEK), Türkiye Elektrik Dağıtım Anonim Şirketi (TEDAŞ) ve Türkiye Elektrik Anonim Şirketi (TEAŞ) olmak üzere iki ayrı iktisadi devlet teşekkülü statüsü<sup>3</sup> kurularak yeniden yapılandırılmıştır.<sup>4</sup> TEK'in bölünmesi, fonksiyonlarının bölünmesi şeklinde gerçekleşmiştir. TEK'in iletim fonksiyonu TEAŞ'a, dağıtım fonksiyonu da TEDAŞ'a geçmiştir<sup>5</sup>. 1994 yılında TEAŞ<sup>6</sup> ve TEDAŞ tüzel kişiliklerine kavuşmuşlardır.

Bugün itibarıyla elektrik dağıtım ve perakende satış sektöründe rekabete dayalı bir ortamın oluşturulması ve gerekli reformların yapılması amacıyla elektrik dağıtım bölgeleri esas

<sup>1</sup> İşletme Hakkı Devir Sözleşmesinden kaynaklı rücu davaları buna bir örnektir. Detaylı bilgi için bkz; M. Ayhan Tekinsoy ve Mustafa Bayram Mısır, *İşletme Hakkı Devir Sözleşmelerinden Kaynaklanan Uyuşmazlıkların Yargısal Çözümüne İlişkin Eleştirel Bir Yaklaşım*, Ankara;2022, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 71, S. 4, s. 1653 – 1690.

<sup>2</sup> Murat Ertılav ve Mehmet Aktel, *TEDAŞ (Türkiye Elektrik Dağıtım Anonim Şirketi) Özelleştirmesi*, 2015, Uluslararası Alanya İşletme Fakültesi Dergisi, C. 7, S. 2, s. 95-96.

<sup>3</sup> "İktisadi devlet teşekkülü "Teşekkül"; sermayesinin tamamı devlete ait, iktisadi alanda ticari esaslara göre faaliyet göstermek üzere kurulan, kamu iktisadi teşebbüsüdür." Bkz. 18.06.1984 Resmi Gazete tarihli Kamu İktisadi Teşebbüsleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname md. 2.

<sup>4</sup> Sibel Cengiz, *Türkiye'nin Elektrik Enerjisi Piyasasında Yeniden Yapılanma*, Çanakkale: 2006, Yönetim Bilimleri Dergisi, C. 4, S. 1, s. 134.

<sup>5</sup> Hakan Çetintaş ve İbrahim Murat Bicil, *Elektrik Piyasalarında Yeniden Yapılanma ve Türkiye Elektrik Piyasasında Yapısal Dönüşüm*, Optimum Ekonomi ve Yönetim Bilimleri Dergisi, Uşak: 2014, C.2, S. 2, s.10.

<sup>6</sup> Türkiye Elektrik Üretim-İletim A.Ş. (TEAŞ) Genel Müdürlüğü ilerleyen yıllarda üç ayrı şirkete bölünmüştür. TEAŞ, 02.03.2001 tarih ve 24334 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan 05.02.2001 tarih ve 2001/2026 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı ile Elektrik Üretim A.Ş. (EÜAŞ), Türkiye Elektrik İletim A.Ş. (TEİAŞ), ve Türkiye Elektrik Ticaret ve Taahhüt A.Ş. (TETAŞ) unvanlı üç ayrı anonim şirket olarak teşkilatlandırılmıştır.

alınmak suretiyle kamu mülkiyetindeki elektrik işletmelerinin yeniden yapılandırılması amacıyla elektrik enerjisi dağıtım hizmetlerinin özelleştirilmesine karar verilmiş ve TEDAŞ 02.04.2004 tarih ve 2004/22 sayılı Özelleştirme Yüksek Kurulu Kararı ile özelleştirme kapsam ve programına alınmıştır. 17.03.2004 tarih ve 2004/3 sayılı Elektrik Özelleştirmeleri Strateji Belgesi Yüksek Planlama Kurulu (YPK) kararı ile Türkiye’deki elektrik dağıtım şebekesinin 21 dağıtım bölgesi olmasına karar verilmiştir<sup>7</sup>. 2009 ve 2013 yılları arasında gerçekleştirilen özelleştirmeler sonrasında tüm dağıtım bölgeleri özel şirketler tarafından işletilmeye başlanmıştır. Dağıtım bölgeleri tekrar belirlenerek, Türkiye 21 dağıtım bölgesine ayrılmış ve Kayseri ve Civarı Elektrik Dağıtım AŞ (Kcetaş)<sup>8</sup> dışındaki 20 bölge yeniden özelleştirme kapsamına dahil edilmiştir. Bu 20 bölgede yüzde yüz payı TEDAŞ’a ait olan 20 anonim şirket kurulmuş ve elektrik dağıtım lisansları bu şirketlere 01.09.2006 tarihinde verilmiştir<sup>9</sup>. Akabinde 2008 yılı itibarıyla özelleştirme ihaleleri başlamış ve 31.08.2013 tarihi itibarıyla şirketlerin paylarının özel sektöre devri süreci tamamlanmıştır<sup>10</sup>.

Ana statüsüne göre TEDAŞ’ın amacı; *“Devletin genel ekonomisine ve politikasına uygun olarak verilen görev ve/veya yetkiler kapsamında elektrik dağıtım şirketlerinin faaliyetlerinin, hizmet kalitesi ve müşteri memnuniyeti çerçevesinde kontrolünü, denetimini, proje onay ve tesis kabulünü, kamulaştırma işlemlerini yapmak ve koordinasyonunu sağlamak, gerektiğinde elektrik enerjisinin dağıtım faaliyetlerini kârlılık ve verimlilik ilkesi çerçevesinde ticari, ekonomik ve sosyal gereklere uygun biçimde yürütmek, dağıtım varlıklarını işletmek veya işletme hakkını devretmektir.”*<sup>11</sup> Bu düzenleme çerçevesince TEDAŞ’ın bugün itibarıyla tek amacı, elektrik dağıtım şirketlerinin faaliyetlerinin, hizmet kalitesi ve müşteri memnuniyeti çerçevesinde kontrolünü, denetimini, proje onay ve tesis kabulünü, kamulaştırma işlemlerini yapmaktır.

## II. ELEKTRİK DAĞITIM ŞİRKETLERİ VE FAALİYETLERİ

### A. ELEKTRİK DAĞITIM ŞİRKETLERİ

Dağıtım şirketi, Enerji Piyasası Kanunu (EPK) ve diğer ilgili mevzuatların neredeyse tamamında, *“belirlenen bir bölgede elektrik dağıtımını ile iştigal eden tüzel kişi”* şeklinde tanımlanmıştır. Genel bir tanımlama yapmak gerekirse dağıtım şirketleri, *“belirtilen bölgedeki dağıtım sistemini elektrik enerjisi üretimi ve satışında rekabet ortamına uygun şekilde işletmek, bu tesisleri yenilemek, kapasite ikame ve artırım yatırımlarını yapmak, dağıtım sistemine bağlı ve/veya bağlanacak olan tüm dağıtım sistemi kullanıcılarına ilgili mevzuat hükümleri*

<sup>7</sup> “Elektrik Enerjisi Sektörü Reformu ve Özelleştirme Strateji Belgesi-2004, s. 2. Son güncelleme 3 Haziran, 2023, <https://enerji.gov.tr/bilgi-merkezi-yayinlar-belgeler>.

<sup>8</sup> “Kayseri ve Civarı Elektrik Türk Anonim Şirketi, 10 Haziran 1910 tarihli “Menâfi-i Umumiye Müteallik İmtiyazat Hakkında Kanun”a istinaden kurulmuştur”. Detaylı bilgi için bkz; Deniz Akpınar, “Cumhuriyet Dönemi (1923-1950)’nde Kayseri’nin İdari Ve İktisadi Gelişimi Kayseri’nin idari ve iktisadi gelişimi”, Doktora Tezi, Atatürk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Erzurum; 2013, s.174.

<sup>9</sup> Yusuf Ziya Türk, “Türkiye’de Özelleştirme Uygulamalarının Analizi”, Uzmanlık Tezi, T.C. Kalkınma Bakanlığı, Ankara:2014, Yayın No: 2885, s.105.

<sup>10</sup> “Hakkımızda- Tedaş Elektrik Dağıtım A.Ş.”, son güncelleme 3 Haziran,2023, [https://www.tedas.gov.tr/#!tedas\\_hakkimizda](https://www.tedas.gov.tr/#!tedas_hakkimizda).

<sup>11</sup> “Türkiye Elektrik Dağıtım A.Ş. Ana Statüsü md. 6.”, son güncelleme 3 Haziran, 2023, [https://www.tedas.gov.tr/#!tedas\\_anastatu](https://www.tedas.gov.tr/#!tedas_anastatu).

*doğrultusunda eşit taraflar arasında ayırım gözetmeksizin hizmet sunmakla*” ve ayrıca elektrik enerji tedarik sürekliliğini<sup>12</sup> sağlamakla yükümlü olan şirkettir<sup>13</sup>. Kısacası dağıtım şirketi, elektrik dağıtım hizmetinin mevzuatın öngördüğü şekilde son kullanıcı olan müşteriye sunulmasını sağlayan, işletme hakkı devri sözleşmesi ile bölgesinde tek yetkili olan şirkettir.

21 ayrı dağıtım bölgesinde faaliyet gösteren dağıtım şirketlerinin 20 tanesinin 2008 yılında başlayan özelleştirme süreci 2013 yılında tamamlanmış ve şirketlerin payları özel sektöre Özelleştirme İdaresi Başkanlığı ile yapılan hisse devir sözleşmesi ile devredilmiştir. Dağıtım şirketlerinin her biri sahip oldukları lisans ile kendi bölgesinde tekel konumunda faaliyet göstermektedir<sup>14</sup>.

## B. ELEKTRİK DAĞITIM ŞİRKETLERİNİN FAALİYETLERİ

Dağıtım şirketlerinin tekel olarak yürüttükleri elektrik dağıtım faaliyeti, 02.11.2013 Resmî Gazete tarihli ve 28809 sayılı Elektrik Piyasası Lisans Yönetmeliği (Lisans Yönetmeliği) m. 6 hükmü gereğince, elektrik piyasasındaki diğer faaliyetler gibi lisansa tabi bir faaliyettir.

Elektrik dağıtım faaliyeti EPK md.3/1-ç’ ye göre; “*Elektrik enerjisinin 36 kV ve altındaki hatlar üzerinden naklini,*” ifade etmektedir. Yani başka bir ifade ile ulusal iletim şebekesinden yüksek gerilimli elektrik enerjisinin alınıp, gerilim seviyesinin 36 kV ve altı seviyesine düşürülüp, elektrik hatları üzerinden naklinin sağlanarak tüketiciye sunulmasıdır<sup>15</sup>.

Dağıtım şirketi lisansı kapsamında, projelendirme ve tesis tasarım esaslarına uyma, dağıtım sistemi planlamasını yapma, dağıtım sisteminin işletilmesini sağlama, talep kontrolünü sağlama, işletme faaliyetleri ile ilgili olarak kullanıcılar ile iletişim sağlama, çalışma ve erişim güvenliği imkânlarını yerine getirme ve sistem testlerini düzenli olarak yapma yükümlülüğü altındadır. Dağıtım şirketlerinin lisans kapsamında belirtilen yükümlülükleri aynı zamanda bu şirketlerin faaliyet alanlarını da ifade etmektedir. Bu itibarla dağıtım şirketlerinin aldığı lisans ve imzaladığı işletme hakkı devri sözleşmesine göre faaliyetleri;

- Elektrik güvenilir bir şekilde abonelere sağlamak ve ulaştırmak (asli görev),
- İletim sisteminden elektriğin alınıp tüketiciye yansıtılan aşama arasında dağıtım şebekesinin işletim, bakım, onarım, faaliyetlerini gerçekleştirmek,
- Elektrik arızalarına müdahale etmek.
- Tüketici sayaçlarının okunması, bakımı ve sayaç tüketim verilerinin tüketicilere bildirilmesi,

<sup>12</sup> “*Tedarik sürekliliği kalitesi, dağıtım sistemi kullanıcılarına ekonomik olarak kabul edilebilir maliyetlerle ve mümkün olan asgari kesinti süresi ve sıklığı ile elektrik enerjisi sunabilme kapasitesidir.*” Bkz. 29 Aralık 2020 tarihli ve 31349 (mükerrer) sayılı Resmi Gazete, Elektrik Dağıtım ve Perakende Satışına İlişkin Hizmet Kalitesi Yönetmeliği md. 7.

<sup>13</sup> Oğuz Kara ve Mustafa Uslu, *Elektrik Dağıtım Şirketlerinin Etkinliği: Bootstrap Tahminli İki Aşamalı DEA Analizi*, Niğde; 2020, Niğde Ömer Halisdemir Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, C. 2, S. 2, s. 190.

<sup>14</sup> Ezgi Güler, Süheyla Yerel Kandemir ve Emin Açıklkalp, *Türkiye’deki Enerji Dağıtım Şirketlerinin Etkinliklerinin Veri Zarflama Analizi ile Değerlendirilmesi*, Bilecik; 2020, Bilecik Şeyh Edebali Üniversitesi Fen Bilimleri Dergisi, C. 7, S. 1, s. 68.

<sup>15</sup> Ertlav ve Aktel, *TEDAŞ*, s. 99.

- Genel aydınlatma ile teknik ve teknik olmayan kayıpların karşılanması faaliyetleri<sup>16</sup>

olarak sayılabilir. Elektriğin nihai tüketicilere ulaştırılması anlamına gelen dağıtım faaliyeti, bu sektörde hizmet veren 21 dağıtım şirketine<sup>17</sup> verilmiştir<sup>18</sup>. Elektrik dağıtım şirketlerinin en temel görevi, tüm abonelere elektriği güvenilir ve kaliteli bir şekilde sağlamak ve ulaştırmaktır. Tüketicinin ulusal tarifeye göre elektriği kullanması, görevli tedarik şirketi aracılığı ile gerçekleştirilmektedir.<sup>19</sup>

Dağıtım şirketlerinin bu yükümlülüklerini mevzuata uygun bir şekilde yerine getirip getirmediği 30258 Resmi Gazete sayılı ve 2.12.2017 tarihli Elektrik Dağıtım Şirketleri Denetim Yönetmeliği hükümleri gereğince denetlenir.

### C. ELEKTRİK DAĞITIM ŞİRKETLERİNİN GELİRLERİ

Dağıtım şirketleri yapısal olarak Türk Ticaret Kanunu (TTK) kapsamında kurulan anonim şirketlerdendir; ancak düzenlemeye tabi faaliyet göstermelerinden dolayı gelir-gider düzenlemeleri açısından normal anonim şirketlerden farklıdırlar. Elektrik dağıtım şirketleri düzenlemeye tabi faaliyet yürüttüklerinden gelirleri EPDK tarafından bir tarife ile belirlenir. Dağıtım şirketleri, dağıtım bölgesinin şartlarına göre belirlenen tarifeler kapsamında gelirlerini elde etmektedir. EPK md.17/6-ç bendi kapsamında Kurulca düzenlemeye tabi dağıtım tarifeleri; “*Dağıtım şirketleri tarafından hazırlanacak olan dağıtım tarifeleri, elektrik enerjisinin dağıtım sistemi üzerinden naklinden yararlanan tüm gerçek ve tüzel kişilere eşit taraflar arasında ayırım gözetmeksizin uygulanacak hizmetlere ilişkin fiyatları, hükümleri ve şartları*” içermektedir. Yani elektrik dağıtım şirketleri tarafından hazırlanacak tarifeler Kurul tarafından onaylandıktan sonra yürürlük kazanır ve herkese eşit bir şekilde uygulanır.

EPK kapsamında dağıtım şirketleri ile ilgili en önemli düzenlemenin ‘Dağıtım Faaliyeti’ başlıklı 9.madde olduğunu söyleyebiliriz. ‘Gelir’ başlığı altında ‘dağıtım faaliyeti’ kavramının önem arz etmesinin sebebi, dağıtım şirketlerinin gelirlerini sadece dağıtım faaliyeti kapsamındaki işlerinden elde edebilmeleridir. Kanunun belirtmiş olduğu kapsam dışında icra edilen

<sup>16</sup> “Elektrik Piyasası ve Tüketici Hakları”, son güncelleme 3 Haziran, 2023, <http://www.epdk.gov.tr/Detay/DownloadDocument?id=IiK5brlSeH0=>.

<sup>17</sup> Bu şirketler: 1- Dicle Elektrik Dağıtım A.Ş. 2- Vangözü Elektrik Dağıtım A.Ş. 3- Aras Elektrik Dağıtım A.Ş. 4- Çoruh Elektrik Dağıtım A.Ş. 5- Fırat Elektrik Dağıtım A.Ş. 6- Çamlıbel Elektrik Dağıtım A.Ş. 7- Toroslar Elektrik Dağıtım A.Ş. 8- Meram Elektrik Dağıtım A.Ş. 9- Başkent Elektrik Dağıtım A.Ş. 10- Akdeniz Elektrik Dağıtım A.Ş. 11- Gediz Elektrik Dağıtım A.Ş. 12- Uludağ Elektrik Dağıtım A.Ş. 13- Trakya Elektrik Dağıtım A.Ş. 14- Anadolu Yakası Elektrik Dağıtım A.Ş. 15- Sakarya Elektrik Dağıtım A.Ş. 16- Osmangazi Elektrik Dağıtım A.Ş. 17- Boğaziçi Elektrik Dağıtım A.Ş. 18- Kayseri ve Civarı Elektrik Türk A.Ş. 19- Menderes Elektrik Dağıtım A.Ş. 20- Göksu Elektrik Dağıtım A.Ş. 21- Yeşilirmak Elektrik Dağıtım A.Ş. Bkz; “Dağıtım Şirketleri”, son güncelleme 3 Haziran, 2023, [https://www.tedas.gov.tr/#!dagitim\\_srkt](https://www.tedas.gov.tr/#!dagitim_srkt).

<sup>18</sup> “21 dağıtım bölgesinden 20’sini işleten TEDAŞ bir özelleştirme programına tabi tutulmuş ve bu 20 bölgenin her birinde TEDAŞ iştiraki olarak ayrı EDAŞ’lar kurulmuştur (bir bölgesel dağıtım şirketi —Kayseri—zaten özeldi).” Bkz; “DÜNYA BANKASI RAPORU; Türkiye Cumhuriyeti: Elektrik Dağıtım Şirketlerinin Hizmet Kalitesinin İyileştirilmesine Yönelik Adımlar Nihai Rapor”, Kasım 2016, son güncelleme 3 Haziran, <http://documents1.worldbank.org/curated/fr/119471484308727801/pdf/ACS20668-REVISED-PUBLIC-TURKISH-TCDISKOMENprintrevtiresiz.pdf>, s, 16.

<sup>19</sup> Mustafa Akyüz ve Deniz Akgül, *Serbest Tüketici Kavramı ve Elektrik Perakende Satış Şirketlerinin Pazarlama Stratejisi Uygulamaları Üzerine Kavramsal Bir Çalışma*, Mersin;2020, Çağ Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, C. 17, S. 1, s.93.

faaliyetler sonucunda elde edilen gelir, kanunda belirlenen gelir kalemleri kapsamında olmayacağından, kural olarak kanuna aykırı elde edilmiş gelir kabul edilecektir. İlgili hüküm;

Dağıtım şirketi, dağıtım faaliyeti dışında bir faaliyetle iştigal edemez. Dağıtım faaliyetiyle birlikte yürütülmesi verimlilik artışı sağlayacak nitelikteki piyasa dışı bir faaliyetin yürütülmesine ilişkin usul ve esaslar Kurum tarafından çıkarılan yönetmelikle düzenlenir.<sup>20</sup>

şeklinde. Hükme göre dağıtım şirketi, dağıtım faaliyetinin kapsamı dışında bir faaliyet gösteremez; ancak söz konusu piyasa dışı faaliyetin verimlilik artışına sebep olan bir faaliyet olması halinde yönetmelikle bu faaliyete izin verilebilir. Kanunun bu hükmü ile dağıtım şirketlerinin faaliyet alanı net bir şekilde düzenlenmiştir.

EPK'da genel hatları düzenlenen elektrik dağıtım şirketlerine ait gelir ve gider kuralları, 19.06.2020 tarihli ve 31160 sayılı Elektrik Piyasası Tarifeler Yönetmeliği ve 19.11.2020 Resmî Gazete tarihli ve 31309 sayılı Dağıtım Tarifesinin Düzenlenmesi Hakkında Tebliğ ile daha detaylı olarak düzenlenmiştir.

Elektrik Piyasası Tarifeler Yönetmeliği kapsamında, dağıtım faaliyeti de dahil olmak üzere tüm faaliyet alanlarında gelir düzenleme esasları getirilmiştir. İlgili Yönetmeliğin 13.maddesi gereği gelir düzenlemesinde hizmetlerin sunumundaki eşitlik, kalite, süreklilik, düşük maliyet, verimlilik ve rekabet koşullarının esas alınması gerektiğini belirtmiştir. Ayrıca md.13/2 dağıtım şirketlerinin gelirlerinin düzenlemesinde, tüzel kişilerin piyasa faaliyetleri ile doğrudan ilişkili olmayan hiçbir unsura yer verilemeyeceğini açık ve net bir şekilde düzenlemiştir. Bu kapsamda elektrik dağıtım şirketleri, iştigal konusu kapsamında olmayan bir faaliyet sebebiyle kural olarak gelir elde edemeyecektir.

Dağıtım Tarifesinin Düzenlenmesi Hakkında Tebliğ kapsamında dağıtım şirketlerinin iki türlü geliri vardır. Bunlar; '*düzenlemeye tabi olan gelirler*' ve '*düzenleme kapsamı dışında tutulan gelirler*<sup>21</sup>'dir. Düzenlemeye tabi olan gelirler de ikiye ayrılmaktadır. Bunlar; '*ana faaliyet gelirleri*' ve '*diğer gelirler*'dir.

Ana faaliyet gelirleri, dağıtım bedeli, reaktif bedeli, güç bedeli (tüketici), güç aşım bedeli (tüketici), güç bedeli (üretici), güç aşım bedeli (üretici), emreamade kapasite bedeli, Enerji Piyasaları İşletme A.Ş. üzerinden yapılan enerji satışları, genel aydınlatma aktif enerji geliri,

<sup>20</sup> Bkz; 30 Mart 2013 tarihli ve 28603 sayılı Resmî Gazetede yayımlanan Enerji Piyasası Kanunu md.9/1.

<sup>21</sup> Dağıtım şirketlerinin düzenlemeye tabi tutulmayan gelirleri Dağıtım Tarifesinin Düzenlenmesi Hakkında Tebliğ'in 27. maddesinde düzenlenmiştir. İlgili maddeye göre bu gelirler;

*"İştirak ve bağılı ortaklıklardan sağlanan temettü gelirleri.*

*Faiz gelirleri.*

*Gecikme zammı gelirleri.*

*Kambiyo kârı gelirleri.*

*Teşvik gelirleri.*

*Stok satışı ve sayım fazlası gelirleri.*

*Kaçak tahakkuku ile tedarikçi ve üretici alacaklarına ait olanlar haricindeki konusu kalmayan karşılık gelirleri."* olarak sayılmıştır. Bu gelirler ana faaliyet gelirleri olmadığından, düzenlemeye tabi kılınmamıştır. İlgili gelirler, şirketin tali gelir kalemleri olarak nitelendirilebilir.

dengeden sorumlu grup içi satışlardır<sup>22</sup>. Bu gelirlerin hesaplanma yöntemleri Tebliğ'de detaylı olarak izah edilmiştir.

Dağıtım şirketlerinin diğer gelirleri Dağıtım Tarifesinin Düzenlenmesi Hakkında Tebliğ'in 26. maddesinde düzenlenmiştir. İlgili maddeye göre dağıtım şirketi tarafından elde edilebilecek diğer gelirlerden;

- 1) *“Bakım onarım hizmet geliri %75,*
- 2) *Bağış gelirleri %0,*
- 3) *Bağlantı ve sistem kullanım anlaşmaları kapsamında elde edilen ceza ve tazminat gelirleri %0,*
- 4) *Ceza, nefaset, teminat ve tazminat gelirleri %75*
- 5) *Diğer ceza ve tazminat geliri % 100,*
- 6) *Reklam, kira ve benzeri gelirler % 50,*
- 7) *Dava, mahkeme, avukatlık, icra ve arabuluculuk gelirleri %50,*
- 8) *Deplase gelir<sup>23</sup> %100,*
- 9) *Teknik kalite ölçüm hizmeti geliri %0,*
- 10) *Hasar geliri %0,*
- 11) *Diğer sigorta gelirleri %0,*
- 12) *Kaçak elektrik enerjisi kullanım geliri %55,*
- 13) *Kesme bağlama geliri %0,*
- 14) *Kaçak tahakkuku kapsamındaki konusu kalmayan karşılık gelirleri %50,*
- 15) *Tedarikçi ve üreticilerden sistem kullanım bedeline ilişkin alacaklara ait konusu kalmayan karşılık gelirleri %0,*
- 16) *Lisanssız elektrik üretim tesislerinden alınan diğer gelirler %50,*
- 17) *Otomatik sayaç okuma geliri %75,*
- 18) *Ödeme bildirim bırakma geliri %0,*
- 19) *İkinci bildirim bırakma geliri %0,*
- 20) *Ölçü test geliri %0,*
- 21) *Reaktif enerji geliri %0,*

<sup>22</sup> Ali Rıza Dinç, *Elektrik Dağıtım Şirketleri Düzenleyici Hesap Planı*, Ankara;2017, Uzman Gözüyle Enerji Dergisi, Enerji Uzmanları Derneği, Y.1, S.2, s.9-10.

<sup>23</sup> *“Deplase geliri: İlgili kurum ve kuruluşların yükümlülüğünde olan deplase masraflarının bu kurum ve kuruluşlar tarafından karşılanan kısmı hariç olmak üzere kullanıcı talebi ile yapılan ve dağıtım şirketi kusuru dışında oluşmuş olan deplase işlemlerinin dağıtım şirketi tarafından yapılması durumunda elde edilen geliri,”* ifade etmektedir. Bkz; 19.11.2020 R.G. tarihli ve 31309 sayılı Dağıtım Tarifesinin Düzenlenmesi Hakkında Tebliğ md.4/1-o.



- 22) *Sayaç kontrol geliri %0,*
- 23) *Usulsüz elektrik kullanım geliri %0,*
- 24) *Dağıtım şirketlerinin yetkisi kapsamındaki proje onay ve kabul gelirleri %50,*
- 25) *Ar-Ge usul ve esasları kapsamında elde edilen gelirler %50,*
- 26) *Danışmanlık geliri %75,*<sup>24</sup>

oranında gelir farkı hesaplamaları kapsamı dışında tutulur. Tebliğ’de sayılan bu kalemlerin gelir sınıfına dahil olabilmeleri için verimlilik artışı sağlamaları şartı öngörülmemiştir. Oysa Kanun’un 16. Maddesi faaliyetleri dağıtım faaliyeti ve dağıtım faaliyetiyle birlikte yürütülmesi verimlilik artışı sağlayacak nitelikteki piyasa dışı bir faaliyetler olarak ikiye ayırmıştır. Dağıtım faaliyetiyle birlikte yürütülmesi verimlilik artışı sağlayacak nitelikteki piyasa dışı faaliyetlerin neler olduğunun ise Tebliğ ile düzenleneceği ifade edilmiş olmasına rağmen Tebliğ’de bu yönde bir hüküm bulunmamaktadır. Tebliğ sadece hangi gelirlerin düzenlemeye tabi olduğunu hangilerinin düzenlemeye tabi olmadığını düzenlemiştir. Oysa EPDK’nın bu tebliğde dağıtım şirketlerinin yürütebileceği dağıtım faaliyeti dışındaki faaliyetlerin neler olduğunu ve hangi sebeple verimlilik artışı sağladığını ortaya koyarak düzenlemesi gerekirdi.

Diğer taraftan Tebliğ, “verimlilik artışı sağlamak” kriterine netlik kazandırmamıştır. Şirketlerin bazı faaliyetleri (dağıtım varlıklarına reklam almak gibi) icra ederek elde edebilecekleri gelirin bir kısmının kendilerine kalmasına, diğer kısmın da tarifelere yansımaya yönelik olduğu düşünülen bu uygulamanın kapsamı özelleştirme ihalelerinin yapıldığı dönemde netleştirilmesi gerekirdi<sup>25</sup>. Zira bu uygulama şirketlerin gelirlerini doğrudan etkilemekte ve yatırımcılar şirket gelirlerini dikkate alarak pay satın alma bedeli belirlemektedir. Bu yönüyle de EPDK’nın düzenlemesi yerinde değildir.

#### D. BİR GELİR KALEMİ OLARAK “REKLAM FAALİYETİ”

Reklam, Türk Dil Kurumu Sözlüğünde, “(1) Bir şeyi halka tanıtmak, beğendirmek ve böylelikle sürümünü sağlamak için denenen her türlü yol, (2) Bu amaç için kullanılan yazı, resim, film vb.”<sup>26</sup> şeklinde tanımlanmıştır. Genel bir tanımlama yapmak gerekirse reklam ya da reklam faaliyeti, işletmelerin mal ve hizmetlerini nitelikleriyle tanıtarak müşteri kazandırmak ve hali hazırdaki müşterileri arttırmak amacıyla kullanılan bir araç ve faaliyettir.<sup>27</sup> Reklamın amacının; satış yapmak ve hedef kitle veya tüm toplum ile iletişim kurmak olduğu

<sup>24</sup> Bkz; Dağıtım Tarifesinin Düzenlenmesi Hakkında Tebliğ md.26.

<sup>25</sup> Hasan Alma, “Özelleştirilen Elektrik Dağıtım Ve Perakende Satış Şirketlerinin Şirket Değerleme Yaklaşımıyla İncelenmesi”, Doktora Tezi, Hacettepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü İşletme Anabilim Dalı, Ankara 2015, s.145.

<sup>26</sup> ‘Reklam’ kelimesi karşılığı için Bkz; “Genel Türkçe Sözlük”, son güncelleme 3 Haziran 2023, <https://sozluk.gov.tr/>.

<sup>27</sup> Ahmet Koçyiğit, “Geleneksel Reklamcılıktan Dijital Reklamcılığa Geçiş, Sosyal Medya Reklamcılığı ve Ortaya Çıkan Sorunlar”, Yüksek Lisans Tezi, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara 2017, s.47.



söylenbilir.<sup>28</sup> Reklam geliri ise reklam faaliyeti karşılığında elde edilen maddi bir irat veya karşılık olarak nitelendirilebilir.

Dağıtım Tarifesinin Düzenlenmesi Hakkında Tebliğ'in 26. maddesinin 'e' bendinde dağıtım şirketlerinin düzenlemeye tabi tutulmayan gelirleri arasında '*reklam geliri*' düzenlenmiş ve reklamdan elde edilen gelirin %50 oranında gelir farkı hesaplamaları kapsamı dışında tutulacağı belirtilmiştir. İlgili bendin ilk hali<sup>29</sup>, "*e) Dağıtım şirketinin bölgede işlettiği dağıtım şebekesi üzerinden elde ettiği reklam ve kira (baz istasyonu, araç, bina, arazi, veri transferi ile-tişim alt yapısı kullanım geliri) gelirleri gibi gelirler.*" şeklinde düzenlenmişti ve söz konusu maddenin 4' üncü fıkrası gereği reklam gelirinin %75'inin gelir farkı hesaplamaları kapsamı dışında tutulacağı belirtilmişti. Tebliğin ilk versiyonunda %75 gelir farkı uygulanacağı belirtilen reklam faaliyetleri sebebiyle elde edilen gelirler 19.11.2020 tarihli Tebliğ ile %50'ye düşürülmüştür.

Reklamın yukarıda yapılan tanımında, tanıtılan mal veya hizmetin, tanıtımı yapan kişi veya şirkete ait olup olmaması meselesi, ilgili Tebliğin düzenleniş şekli açısından önem arz etmektedir. Tebliğde zikredilen reklam faaliyetinin veya reklam gelirinin, dağıtım faaliyeti kapsamında bizzat dağıtım şirketinin faaliyetlerinin anlaşılıp anlaşılmayacağı belirtilmemiştir. "*Reklam, kira ve benzeri gelirler %50,*" şeklindeki düzenlemeden; gerek o yerdeki yetkili dağıtım şirketinin faaliyetlerinin gerekse de dağıtım faaliyeti ile alakası olmayan herhangi bir işletme veya faaliyetin, reklamın konusu olabileceğini söyleyebiliriz.

## E. "VERİMLİLİK ARTIŞI KRİTERİ" VE "REKLAM FAALİYETİ"

### 1. Verimlilik Artışı Kriteri Kavramı

Elektrik enerjisinin üretimi, iletimi ve dağıtım faaliyetleri açısından verimlilik sağlama kriteri, en az söz konusu faaliyetler kadar önemlidir. Örneğin elektrik dağıtım faaliyetleri icra edilirken verimlilik artışı çalışmalarının yapılmaması hem üretici hem tüketici hem de toplum açısından kayba yol açmaktadır. Enerji milli servet niteliğindedir ve azami verimli şekilde kullanılmak zorundadır.

Enerji verimliliğinin artırılması amacıyla birbiriyle bağlantılı 3 düzenleme yapılmıştır. Bunlar;

- 26510 Resmi Gazete sayılı ve 02.05.2007 tarihli ve 5627 sayılı "Enerji Verimliliği Kanunu" (EVK),
- EPK ve Enerji Verimliliği Kanunu dayanak gösterilerek çıkarılan; 28097 Resmi Gazete sayılı ve 27.10.2011 tarihli "Enerji Kaynaklarının ve Enerjinin Kullanımında Verimliliğin Artırılmasına Dair Yönetmelik",

<sup>28</sup> Ersin Diker, "Değişen Reklamcılık ve Metafor Kullanımı "Dergi Reklamları Üzerine İnceleme". Yüksek Lisans Tezi, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimleri Enstitüsü, 2010 Konya, s.11.

<sup>29</sup> 19.12.2015 tarihli ve 29567 Resmi Gazete sayılı Dağıtım Sistemi Gelirinin Düzenlenmesi Hakkında Tebliğ.

- 28215 Resmi Gazete sayılı ve 25.02.2012 tarihli Enerji Verimliliği Strateji Belgesi (2012-2023),

düzenlemeleridir<sup>30</sup>. Konumuz kapsamında dağıtım faaliyetlerinde verimliliğin artırılması tartışmaları yukarıda belirtilen düzenlemeler kapsamında yapılmalıdır.

Enerji verimliliği açısından yapılan düzenlemelerinin kapsamı EVK md.2'de; “*enerjinin üretim, iletim, dağıtım ve tüketim aşamalarında, endüstriyel işletmelerde, binalarda, elektrik enerjisi üretim tesislerinde, iletim ve dağıtım şebekeleri ile ulaşımda enerji verimliliğinin artırılmasına ve desteklenmesine, toplum genelinde enerji bilincinin geliştirilmesine, yenilenebilir enerji kaynaklarından yararlanılmasına yönelik uygulanacak usûl ve esaslar...*” olarak belirtilmiştir. Hüküm, enerjinin üretimi, iletimi, dağıtımını ve hatta tüketimi aşamasında tüm paydaşların bilinçli davranması gerektiğini ifade etmektedir.

Enerji verimliliği kavramı, EVK md.3/1-j bendinde; “*Binalarda yaşam standardı ve hizmet kalitesinin, endüstriyel işletmelerde ise üretim kalitesi ve miktarının düşüşüne yol açmadan enerji tüketiminin azaltılması...*” şeklinde tanımlanmıştır. Dar anlamda yapılan tanım ile enerji kalitesi düşmeden enerji tüketiminin azaltılması amaçlanmıştır. Daha geniş bir tanımlama yapmak gerekirse, enerji verimliliği kavramı, “*enerjide arz güvenliğinin sağlanması, dışa bağımlılıktan kaynaklanan risklerin azaltılması, enerji maliyetlerinin sürdürülebilir kılınması, iklim değişikliği ile mücadelenin etkinliğinin artırılması ve çevrenin korunması gibi ulusal stratejik hedefleri tamamlayan ve bunları yatay kesen bir kavramdır.*”<sup>31</sup> Strateji belgesinde yapılan tanım, Kanunda yapılan tanıma göre daha geniş perspektiflidir. Strateji belgesi hem ulusal düzeyde hem de kullanıcı-üretici düzeyinde tanımlamıştır. Enerji verimliliğinde amaç enerji arz güvenliğinin, tüketim talebi karşısında istikrarını sağlama ve üretimden tüketim aşamasına kadar yapılacak teknolojik geliştirmeler ile minimum enerji ile azami tüketim seviyesinin sağlanmasıdır.

Enerji Kaynaklarının ve Enerjinin Kullanımında Verimliliğin Artırılmasına Dair Yönetmeliğin 25 ve devamı maddelerinde elektrik enerjisinin üretimi, iletimi ve dağıtımında enerji verimliliğinin artırılmasına yönelik uygulamalar belirtilmiştir. Bu hükümler;

- “*Dağıtım sistemindeki teknik kayıpların önlenmesi için (Değişik ibare: RG-25/1/2020-31019) 2/1/2014 tarihli ve 28870 sayılı Resmî Gazete’ de yayımlanan Elektrik Piyasası Dağıtım Yönetmeliğinde düzenlenen hususlara elektrik piyasasında dağıtım faaliyeti gösteren tüzel kişiler tarafından uyulur.*” (Md. 26/1)
- “*(Ek: RG-25/1/2020-31019) Yeni yapılacak iletim ve dağıtım tesislerinde ömür boyu maliyet analizleri yapılarak kayıpları asgari seviyeye indirecek ekipmanlar seçilir.*” (Md.26/3)

<sup>30</sup> Oğuz Yılmaz, TÜBİTAK “Öncelikli Alanlar Araştırma Teknoloji Geliştirme ve Yenilik Projeleri Destekleme Programı” Kapsamında Çıkılacak Çağrı Konularının Belirlenmesi İçin Teknik Değerlendirme Raporu, (Elektrik Üretim-İletim-Dağıtım Alanlarında Enerji Verimliliğinin Arttırılması İçin Yapılabilecekler) Güç Sistemleri Bölümü, s.4, son güncelleme 3 Haziran 2023, <https://www.slideshare.net/PowerSystems2k/elektrik-uretimiletim-dagitimindaenerjiverimliliği-finaloguzyılmaz>.

<sup>31</sup> Bkz; Yüksek Planlama Kurulu Kararı (2012), 28215 sayılı ve 25.02.2012 tarihli Resmi Gazete.

- “Elektrik üretiminde, iletiminde ve dağıtımında ulusal ve uluslararası standartlara uygun malzeme kullanılır.” (Md. 29/1)
- “Elektrik üretim ve dağıtım tesislerinin özelleştirilmesine yönelik olarak hazırlanacak şartnamelerde verimlilik artırıcı önlemlerin alınmasına ve teknik kayıpların azaltılmasına dair hususlar yer alır.” (Md. 29/5)

şeklinde belirtilmiştir. Belirtilen önlemler strateji belgesinde de benzer ifadelerle tekrarlanmıştır. Bu önlemler sınırlı sayıda değildir, teknolojik gelişmeler kapsamında çeşitlendirilebilir.

Elektrik enerjisi dağıtımında yatırımların yeterince yapılmaması ve bakım – onarım çalışmalarının düzenli yapılmamasından dolayı kayıp ve kaçak oranı çok yüksektir. Enerji tasarrufu ve verimliliği politikası açısından, elektrik dağıtım şebekelerinin yenilenerek kayıpların azaltılması konuları öncelikle ele alınmalıdır. Ayrıca dağıtım hatlarında meydana gelen kesici açması, hat kopması, faz-toprak kısa devre ve faz-faz kısa devre hatalarından dolayı oluşan gerilim düşümleri, yükselimleri ve dengesizlikleri işgücü kaybına yol açmakta ve dolayısıyla son kullanıcılara maddi zarar olarak yansımaktadır. Dağıtım şebekelerinin yenilenmesi ve bakımının düzenli yapılması öncelikle ele alınmalıdır.<sup>32</sup>

Yukarıda açıklanan mevzuat gereği enerji verimliliğinin artırılması yöntemleri elektrik dağıtım şirketleri için bir ARGE faaliyeti olarak değil, bir yükümlülük olarak değerlendirilmelidir. Çünkü enerji verimliliğinin artırılması hususu, devlet tarafından bir politika haline getirilmiş, yasal altyapısı hazırlanmış ve enerji arz güvenliğinin sağlanması için bir unsur olarak esas alınmıştır.

## 2. Verimlilik Artışı Kriteri ve Reklam Faaliyeti İlişkisi

EPK md. 9 dağıtım şirketlerinin faaliyet alanları dışında bir faaliyette bulunmalarının yasak olduğunu; ancak söz konusu faaliyetin verimlilik artışına sebep olması halinde geçerli bir faaliyet olabileceğini düzenlemiştir. Bu kapsamda hukuka aykırı olan faaliyet kapsamında elde edilecek olan gelirin de hukuka aykırı olacağı değerlendirilmektedir.

Enerji verimliliği kavramı teknik bir kavramdır ve uygulaması da teknik çalışma gerektirir. Reklam faaliyeti ise tanıtım faaliyetidir ve amacı; ortaya konulan bir ürün veya hizmetin görünürlüğünü veya pazarlanmasını sağlamaktır. İki kavram açısından tek ilişki maddi olarak birbirlerine sağladığı faydadır. Reklam faaliyeti dolayısıyla elde edilen gelir eğer enerji verimliliğinin artırılmasına aktarılmış ise bu halde bağlantı var kabul etmek gerekir. Ancak elde edilen reklam gelirleri, verimliliğinin artırılmasına yönelik çalışmalara aktarılmaz ise bu halde EPK'nın belirttiği bağlantı gerçekleşmeyecek ve elde edilen gelir, dağıtım şirketinin faaliyeti kapsamı dışında elde etmiş olduğu gelir olarak telakki edilecektir. Sonuç olarak da bu gelir hukuka aykırı olarak elde edilmiş bir gelir olacaktır. Ancak böyle bir varsayım ile reklam faaliyetinin kanunun öngördüğü verimlilik artışı şartını yerine getirdiğini kabul etmek mümkün değildir.

<sup>32</sup> Emin Meral, Ahmet Teke ve Mehmet Tümay, *Elektrik Tesislerinde Enerji Verimliliği*, Bursa; 2009, Uludağ Üniversitesi Mühendislik-Mimarlık Fakültesi Dergisi, C. 14, S. 1, s. 33-36.

Zira aksinin kabulü halinde gelirin enerji verimliliğine aktarılması şartı ile dağıtım şirketlerinin gıda, tekstil ve otomobil lastiği satmasına da izin vermek gerekmektedir.

Bu sebeple Tebliğ’de düzenlemeye tabi gelirler arasında sayılan gelirlerden reklam gelirin elde edilmesi için yürütülecek reklam faaliyetinin hangi gerekçe ile dağıtım şirketleri bakımından verimlilik artışı sağladığının ortaya konulması gerekirdi. Kanaatimizce reklam faaliyetinin dağıtım faaliyeti ile yürütülmesinin dağıtım faaliyeti açısından hiçbir verimlilik artışı sağlayacak yönü bulunmamaktadır. Dağıtım şirketinin lokantacılık faaliyeti yürütmesinden hiçbir farkı bulunmamaktadır. Zira reklam faaliyetinin dağıtım faaliyeti ile bir bağlantısı mevcut değildir. Aralarında bağlantı bulunmayan bir faaliyetin yürütülmesinin diğer faaliyetin yürütülmesinde verimlilik artışı sağlaması da beklenemez. Elde edilecek gelirin enerji verimliliğine aktarılması bu yönde bir artış olarak kabul edilemez. Tebliğdeki bu düzenlemeyi EPDK’nın kanun hükmünü dikkate almadan mevzuatın kendisine verdiği düzenleme yetkisini aşarak yaptığı bir düzenleme olarak kabul etmek gerekmektedir. Oysa bağımsız düzenleyici kurumların düzenleme yapma yetkisinin birtakım sınırları vardır ve bunların başında kanunlar gelmektedir.

### III. İŞLETME HAKKI DEVİR SÖZLEŞMESİ

İşletme hakkı devir sözleşmesini açıklamadan önce, elektrik dağıtım piyasasında neden böyle bir sözleşmenin getirilmesi zaruretini tespit etmek faydalı olacaktır. Bu tespit için özelleştirme sürecinde yaşanan birtakım gelişmelere bakmak gerekir.

Özelleştirme İdaresi, elektrik dağıtım hizmetlerinde yapılacak olan özelleştirme kapsamında birçok model üzerinde çalışmıştır. Bu modellerden biri de 4628 sayılı Elektrik Piyasası Kanunu hükümleri çerçevesinde, elektrik üretim tesislerinden hidroelektrik ve akarsu santralleri ile termik santrallerin ve TEDAŞ’a ait elektrik dağıtım bölgelerinin, mülkiyetin devri suretiyle özelleştirilmeleridir. Bu işlemin hukuken mümkün olup olmadığı konusunda tereddüt yaşanmış ve hukuki sorun kapsamında Danıştay’dan istişari görüş istenmiştir. Danıştay, 5.3.2004 tarih ve E: 2004/17, K: 2004/24 sayılı kararı ile;

... dağıtım bölgesinin belirlendiği lisansın dağıtım şirketine verilme süresinin bir defada en çok kırkdokuz yıl olması zorunluluğu nedeniyle lisansa bağlı olarak belirlenen dağıtım bölgesinin mülkiyete konu teşkil etmeyeceği, ancak, 4046 sayılı Kanunun 18 inci maddesi uyarınca TEDAŞ’a ait dağıtım bölgelerinde işletme hakkının verilmesi suretiyle dağıtım hizmeti yapma hakkının özelleştirilmesinin mümkün olduğu...<sup>33</sup>

görüşünde bulunmuştur. Söz konusu karar ile dağıtım bölgelerinin mülkiyetinin devrinin hukuken mümkün olmadığı ve ancak işletme hakkının devri suretiyle özelleştirilmesinin mümkün olduğunu belirtilmiştir. Danıştay, bu kararına dayanak olarak T.C. Anayasasının “*Tabii servetlerin ve kaynakların aranması ve işletilmesi*” başlıklı 168 inci maddesini göstermiştir.<sup>34</sup>

<sup>33</sup> Danıştay Kararı: Danıştay 1. Daire, E. 2004/17 K. 2004/24, T. 5.3.2004.

<sup>34</sup> “TEK’in, doğal servet ve kaynakları yerinde (mahallinde) kullanarak ya da onlardan yerinde yararlanarak elektrik üreten teşebbüs, müessese, bağlı ortaklık, işletme ve işletme birimlerinin özelleştirilmesinde Anayasa’nın 168.

TEDAŞ Ana Statüsü m.6/2-ç bendinde, TEDAŞ'ın 4/12/1984 tarihli ve 3096 sayılı Türkiye Elektrik Kurumu Dışındaki Kuruluşların Elektrik Üretimi, İletimi, Dağıtım ve Ticareti ile Görevlendirilmesi Hakkında Kanun ile 24/11/1994 tarihli ve 4046 sayılı Özelleştirme Uygulamaları Hakkında Kanun (Özelleştirme Kanunu) kapsamında özel hukuk tüzel kişileri tarafından devralınıp işletilen dağıtım bölgeleri dâhilinde dağıtım tesislerinin maliki sıfatıyla, "İşletme Hakkı Devir Sözleşmesi" yapabileceği düzenlenmiştir. Elektrik Piyasası Kanunu'nun (EPK) 18. maddesinde de "TEDAŞ'ın faaliyet alanında yer alan ve dağıtım faaliyeti için gerekli olan işletme ve varlıklar üzerinde, mülkiyeti saklı kalmak kaydı ile TEDAŞ ile belirlenen dağıtım bölgelerinde faaliyet göstermek üzere kurulan elektrik dağıtım şirketleri arasında işletme hakkı devir sözleşmesi düzenlenebilir." şeklinde hüküm bulunmaktadır.

3096 sayılı Kanununun 5. maddesinde ise; "Görev bölgelerinde kamu kurum ve kuruluşlarınınca (Kamu iktisadi teşebbüsleri dahil) yapılmış veya yapılacak üretim, iletim ve dağıtım tesislerinin işletme haklarının görevli şirketlere verilmesine Cumhurbaşkanı tarafından karar verilebilir. (Değişik ikinci fıkra: 26/4/1987 - KHK - 284/1 md.; Değiştirilerek kabul : 7/3/1990- 3613/1 md.) Bu maddenin uygulanması ile ilgili hususlar Cumhurbaşkanınca çıkarılacak Yönetmelik çerçevesinde Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığınca yürütülür." şeklinde düzenleme bulunmaktadır. Görüldüğü üzere, kamunun tekelinde olan bir hizmet, mülkiyet kamuda kalmak şartıyla özel bir şirkete yetki verilerek gördürülmektedir. Bu bilgiler ışığında işletme hakkı devri sözleşmesi, devlet veya diğer kamu tüzel kişilerine ait işletmelerin, mülkiyet hakkı saklı kalmak şartıyla, belli bir bedel karşılığı belli bir süre işletilmesi amacıyla özel bir kişiye devredilmesini sağlayan sözleşmedir<sup>35</sup>.

İşletme hakkı devir sözleşmesi ile yüklenici, devraldığı hizmet yükümlülüğünü kamu adına yerine getirmektedir. Bunun sağlanması amacıyla Özelleştirme Kanununun 15. maddesi gereği, kamu hizmeti gören tekel niteliğindeki mal ve hizmetleri üreten kamu iktisadi kuruluşları ile bunların müessese, bağlı ortaklık, işletme ve işletme birimlerinin, imtiyaz sayılan faaliyetleri ile ilgili olarak yapılacak anlaşma ve sözleşmeler imtiyaz sözleşmeleri niteliğinde sayılmıştır<sup>36</sup>. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu<sup>37</sup> işletme hakkı devri sözleşmelerinde asli unsurun,

*maddesinde öngörülen ilkelerin göz önünde bulundurulması zorunludur. 168. maddeye göre Devlet'in olan doğal servetler ve kaynakların işletme hakkı gerçek veya tüzelkişilere ancak süreli olarak devredilebilir. TEK'in doğal servet ve kaynaklardan yararlanan üretim birimlerinin varlıklarının özelleştirilmesinde bunların yararlandıkları doğal servet ve kaynakların mülkiyetinin gerçek ve tüzelkişilere devri olanaksızdır.*

*TEK'in Yasada öngörüldüğü gibi satış yöntemiyle özelleştirilmesi durumunda, mülkiyete bağlı işletme hakkı da süresiz olarak satın alanlara geçecektir. Buna karşılık, elektriğin üretilmesinde yararlanılan doğal servet ya da kaynağın işletme hakkının devredilmediği; yalnızca santrallerin mülkiyetinin devredildiği ileri sürülebilirse de; bu biçimde elektrik üreten TEK'in teşekkül, kuruluş, müessese, işletme ve işletme birimleri ile bunların elektrik üretiminde kullandıkları ve yararlandıkları doğal zenginlik ve kaynakların birbirinden ayrı düşünülmesi olanaksızdır. TEK'in doğal zenginlik ve kaynaklardan yararlanarak elektrik üreten teşekkül ve birimlerinin özelleştirilmesinin, bunların yararlandıkları doğal zenginlik ve kaynakların işletme hakkının belli süreyle devri biçiminde olması zorunludur. Bunların işletme hakkının süresiz devri biçiminde özelleştirilmeleri Anayasa'nın 168. maddesine aykırı düşer." Bkz. Danıştay Kararı: Danıştay 1. Daire, E. 2004/17 K. 2004/24, T. 5.3.2004.*

<sup>35</sup> Ümit Akın, *Elektrik Üretim İletim ve Dağıtım Tesislerinin İşletme Hakkının Devri ve İşletme Hakkı Devir Sözleşmeleri*, Ankara;2000, Danıştay Dergisi, Y.30, S.102, s.31

<sup>36</sup> Ertula ve Aktel, *Tedaş (Türkiye Elektrik Dağıtım Anonim Şirketi) Özelleştirmesi*, s. 101.

<sup>37</sup> "4046 Sayılı Özelleştirme Uygulamaları Hakkında Kanununun 18/A maddesinde özelleştirme yöntemleri düzenlenirken, kiralama ve işletme hakkının devredilmesi de özelleştirme yöntemleri arasında gösterilmiş ayrı ayrı

dağıtım varlıklarının kullanımı değil, hali hazırda kamu iktisadi kuruluşu tarafından yürütül-  
mekte olan hizmetlerin, işletme hakkını devralan tarafından yerine getirilmesine devam edil-  
mesi ve hizmetlerin iyileştirilmesi olduğuna hükmetmiştir. Bu açıdan Yargıtay işletme hakkı  
devir sözleşmesini, kira sözleşmesi (ve türleri) olarak değil, kendine özgü yapısı olan ticari söz-  
leşme olarak nitelendirmiştir.

‘İmtiyaz sözleşmeleri’, kamu hizmetlerinin özel kişiler tarafından yürütülmesine ilişkin  
dört usulden<sup>38</sup> birisidir ve şartları yasalara uygun olmak kaydıyla idare tarafından belirlenir<sup>39</sup>.  
İdare üstlendiği görev ve hizmetleri yerine getirmek için gereksinim duyduğu çeşitli mal ve  
hizmetleri temin etmenin yanında halkı kamu hizmetlerinden faydalandırabilmek için sözleş-  
meler yapmaktadır. Bu sözleşmeler genel itibarıyla idarenin sözleşmeleri olarak belirtile de  
içerik olarak kamu yararının özel yarara üstün tutulduğu sözleşmelerdir<sup>40</sup>. Bu kapsamda imti-  
yaz sözleşmesini; “*Bir kamu hukuku kişisinin bir gerçek veya tüzel kişiye (özel hukuk tüzel  
kişisi olabildiği gibi bazen kamu hukuku tüzel kişisi de olabilmektedir), belirli bir süre için  
kamu hizmetini görme işini bir sözleşmeyle vermesidir. İmtiyazı alan kişi hizmeti risk ve tehli-  
kelerini üstlenerek, imtiyazı veren idarenin denetimi ve gözetimi altında yürütmekte, gördüğü  
bu hizmetten yararlananlardan bir bedel alarak finansmanını sağlamaktadır.*”<sup>41</sup> şeklinde tanımla-  
yabiliriz. Danıştay’da bir kararında; “...yazılı mevzuatın ve dava konusu sözleşmede mevcut  
hükümlerin incelenmesinden, 3096 sayılı Yasa hükümleri çerçevesinde yapılan İşletme Hakkı  
Devir Sözleşmesinin konusunu kamu hizmetinin oluşturduğu, sözleşmenin, kamu hizmeti im-  
tiyaz sözleşmelerinin tüm unsurlarını taşıdığı, imtiyaz sözleşmesi niteliğinde bulunduğu

*belirtilmiş, 18/A-b maddesinde kiralama “kuruluşların aktiflerindeki varlıklarının kısmen veya tamamen bedel karşılığında ve belli bir süre ile kullanma hakkının verilmesidir.”, şeklinde, 18/A-c maddesinde İşletme Hakkının Verilmesi “ Kuruluşların bir bütün olarak veya aktiflerindeki mal ve hizmet üretim birimlerinin-mülkiyet hakkı saklı kalmak kaydıyla bedel karşılığında belli süre ve şartlarla işletilmesi hakkının verilmesidir.” şeklinde tanımlayarak, her iki durum birbirinden ayrılmıştır. İşletme hakkının devredilmesinde “belirli süre” ile devredilebileceği kabul edilmiş olup gerek kiralamada gerekse işletme hakkının devrinin belirli bir süre ile yapılma imkanı olduğu halde ayrı ayrı yasada düzenlenmiş olması söz konusu sözleşmenin kira sözleşmesinden farklı bir sözleşme olduğunu ortaya koymaktadır. Kiralama ile işletme hakkının devri sözleşmesi arasındaki fark sözleşmelerin süreli olup olmamasından değil kiralamada özelleştirilen kuruluşların ve varlıkların kullanılma hakkı verilirken, işletme hakkının devredilmesinde, Kuruluşların bir bütün olarak veya aktiflerindeki mal ve hizmet üretim birimlerinin mülkiyet hakkı saklı kalmak kaydıyla işletilmesi hakkının verilmesinden kaynaklanmaktadır. İşletme hakkının verilmesinde esas olan bir malın kullanımı değil, Kamu İktisadi Kuruluşu tarafından hali hazırda yürütül-  
mekte olan hizmetlerinin, işletme hakkını devralan tarafından yerine getirilmesine devam edilmesi ve hizmetlerin iyileştirilmesidir. İşletme Hakkının Devri sözleşmesinden önceki devreden kuruluşun dağıtım bölgesindeki abonelerle yapılan abonelik sözleşmeleri, devir sözleşmesinden sonra da devam ettiği ve devralanı bağladığı gibi, işletme hakkını devralan tarafından işletme süresince yapılan aboneliklerde, sözleşmenin sona ermesinden sonra da işletmeyi işletecek olan firmaları bağlayacak olması sebebiyle hasılat kira sözleşmesinin unsuru olan “hasılat veren bir malın veya hakkın kullanılmasını ve semerelerinin iktifatını terk etme” kavramından daha geniştir. Bu sebeple sözleşmenin surf belirli süreli olduğundan bahisle kira sözleşmesi olduğu söylenemez. Taraflar arasındaki “İşletme Hakkı Devir Sözleşmesi” kendine özgü bir yapısı olan ticari sözleşme olup, bu niteliğine göre, sözleşmeden kaynaklanan uyuşmazlıklarda Asliye Ticaret Mahkemesi görevlidir.” (Yargıtay Hukuk Genel Kurulu E. 2014/6-895 K. 2016/599 T. 11.5.2016).*

<sup>38</sup> Diğer yöntemler; ruhsat, müşterek emanet ve iltizam yöntemleridir. Detaylı bilgi için bkz: Metin Günday, *İdare Hukuku*, Ankara;2002, İmaj Yayıncılık, Yenilenmiş 5. Baskı, s. 294-316.

<sup>39</sup> Turgut Ayhan Beydoğan, *Türk Hukukunda İmtiyaz Sözleşmelerinin Hukuki Niteliği: 406 ve 5809 Sayılı Kanunlar Açısından Değerlendirilmesi*, 2010, Ankara Barosu Dergisi, S. 4, s. 114.

<sup>40</sup> Ahmet Karahan, “İmtiyaz Sözleşmelerinden Kaynaklanan Uyuşmazlıklar ve Çözüm Yolları”, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, İstanbul, 2011, s.4.

<sup>41</sup> Turgut Tan, *İdare Hukuku*, 2. Baskı, Ankara, Turhan Kitabevi, 2013, s.371-371.



*anlaşılmaktadır.*<sup>42</sup> şeklinde yorum yaparak işletme hakkı devri sözleşmelerinin imtiyaz sözleşmeleri niteliğinde olduğunu belirtmiş ve dava konusu olayda Danıştay'ın incelemesinden geçirilmeden yürürlüğe konulduğu anlaşılan işletme hakkı devir sözleşmesinin iptaline karar vermiştir.

İmtiyaz sözleşmesi niteliğinde olan işletme hakkı devir sözleşmeleri, 49 yılı geçmeyecek şekilde düzenlenmiş olup dağıtım şirketine bölgesinde tek yetkili olma imtiyazı (dağıtım lisansı) tanınmıştır. Dağıtım şirketi, TEDAŞ (dağıtım varlıklarının sahibi) ile imzalanmış olan işletme hakkı devir sözleşmesi çerçevesinde dağıtım varlıklarının işletme hakkını elde etmektedir<sup>43</sup>. Dağıtım varlıklarının mülkiyeti devlete ait olup, lisans süresi sonunda işletme hakkı sona erecek ve bu varlıkların kullanım hakkı TEDAŞ'a geri dönecektir<sup>44</sup>.

#### IV. TEDAŞ İLE DAĞITIM ŞİRKETLERİ ARASINDAKİ DAĞITIM VARLIKLARINDAN DOĞAN İLİŞKİ

Yukarıda açıklandığı üzere Türkiye Elektrik Kurumu (TEK), Türkiye Elektrik Dağıtım Anonim Şirketi (TEDAŞ) ve Türkiye Elektrik Anonim Şirketi (TEAŞ) olmak üzere iki şirket statüsüne ayrılmış, TEK' in iletim fonksiyonu TEAŞ'a, dağıtım fonksiyonu da TEDAŞ'a geçmiştir. 1994 yılında TEAŞ ve TEDAŞ tüzel kişiliklerine kavuşmuşlardır.

Yine belirtildiği üzere; TEDAŞ 02.04.2004 tarih ve 2004/22 sayılı Özelleştirme Yüksek Kurulu Kararı ile özelleştirme kapsam ve programına alınmıştır. 17.03.2004 tarih ve 2004/3 sayılı Elektrik Özelleştirmeleri Strateji Belgesi (YPK kararı) ile Türkiye'deki elektrik dağıtım şebekesinin 21 dağıtım bölgesine karar verilmiştir. 2009 ve 2013 yılları arasında gerçekleştirilen özelleştirmeler sonrasında tüm dağıtım bölgeleri özel şirketler tarafından işletilmeye başlamıştır.

TEDAŞ özelleştirmelerin tamamlanmasından sonra fiili olarak elektrik dağıtım faaliyetinden çekilmiştir. Bu aşamadan sonra TEDAŞ'ın uygulamadaki amacı yukarıda da izah olduğu üzere değişmiştir. Fiili olarak elektrik dağıtım faaliyetinin dağıtım şirketlerine geçmesinden sonra TEDAŞ, dağıtım şirketleri üzerinde bir denetim ve koordinasyon kurumu haline gelmiştir.

Özelleştirme sonrasında 21 bölgede faaliyet göstermeye başlayan dağıtım şirketleri, elektriğin fiili dağıtım görevini TEDAŞ'tan almış olup, bu şirketlerin asli görevleri nihai tüketicilere elektriğin sürekli, kaliteli ve kesintisiz olarak ulaşmasını sağlamaktır. Dağıtım şirketlerinin bu faaliyeti gerçekleştirebilmesi için iki unsur gereklidir. Bunlar; 'yetki' ve 'dağıtım varlıkları'dır.

Dağıtım şirketlerinin dağıtım faaliyetinde bulunmaları açısından ilk şart "donanım"; yani fiziksel yeterliliklerdir. Dağıtım faaliyetinin icra edilebilmesi için elektriğin iletim tesisinden alınıp, kullanıcının elektrik prizine getirilebilmesi için gerekli olan tesis, şebeke ve alt yapıdır.

<sup>42</sup> Danıştay Kararı: Danıştay 10. Dairesi K. 1993/1752 E. 1991/1 T. 29/04/1993.

<sup>43</sup> Ertila ve Aktel, Tedaş (Türkiye Elektrik Dağıtım Anonim Şirketi) Özelleştirmesi, 101.

<sup>44</sup> Hasan Alma, "Özelleştirilen Elektrik Dağıtım Ve Perakende Satış Şirketlerinin Şirket Değerleme Yaklaşımıyla İncelenmesi", Doktora Tezi, Hacettepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü İşletme Anabilim Dalı, Ankara 2015, s.119.

Dağıtım tesislerinin mülkiyeti TEDAŞ'a aittir. TEDAŞ tarafından dağıtım şirketlerinin kurulması ve akabinde onlarla işletme hakkı devir sözleşmesi imzalaması ile bu tesislerin işletme hakkı dağıtım faaliyeti ile ilişkili olarak dağıtım şirketlerine devredilmiştir. TEDAŞ Anatastüsü md.6'da "...verimlilik ilkesi çerçevesinde ticari, ekonomik ve sosyal gereklere uygun biçimde yürütmek, dağıtım varlıklarını işletmek veya işletme hakkını devretmektir." şeklinde belirttiği üzere TEDAŞ dağıtım tesislerinin sadece işletme hakkını devretmektedir; mülkiyet hakkı TEDAŞ'ta kalmaktadır. Bu sebeple dağıtım şirketleri tarafından sonradan edinilecek tüm dağıtım tesislerinin mülkiyeti TEDAŞ'a ait olacaktır.

## V. SAYIŞTAY RAPORU, MÜLKİYET HAKKI VE FAALİYET GELİRİ

### 1. SAYIŞTAY RAPORU

Eylül 2020'de yayınlanan EPDK 2019 yılı Sayıştay Raporunun denetim bulguları bölümünde yer alan 2 numaralı denetim bulgusu, işletme hakkı devir sözleşmesinde düzenlenmeyen kira gelirleri hususunda, kurum tarafından idari işlemle düzenleme yapılması gerektiği hakkındadır. Bulgu içeriğinde kira geliri yanında reklam geliri de denetim kapsamına alınmıştır. Bulgunun ilgili bölümlerinde; "Mülkiyeti TEDAŞ'a ait olan trafo merkezleri, aydınlatma, nakil direkleri ile diğer taşınmazların, elektrik dağıtım firmaları tarafından İşletme Hakkı Devir Sözleşmesinde düzenlenmeyen kira geliri elde etmek amacıyla kullanıldıkları, elde edilen kira gelirlerinin ise Kurum tarafından çıkarılan "Dağıtım Sistemi Gelirlerinin Düzenlenmesi Hakkında Tebliğ" ile elektrik dağıtım firmalarına bırakıldığı tespit edilmiştir.

6446 Sayılı Elektrik Piyasası Kanunu'nun "Özelleştirme" başlıklı 18'inci maddesinde:

... (2) TEDAŞ'ın faaliyet alanında yer alan ve dağıtım faaliyeti için gerekli olan işletme ve varlıklar üzerinde, mülkiyeti saklı kalmak kaydı ile TEDAŞ ile belirlenen dağıtım bölgelerinde faaliyet göstermek üzere kurulan elektrik dağıtım şirketleri arasında işletme hakkı devir sözleşmesi düzenlenebilir.

denilerek mülkiyet hakkının TEDAŞ'a ait olduğu açıkça vurgulanmıştır.

Ayrıca raporda, TEDAŞ'ın mülkiyetinde olan dağıtım varlıkları üzerinde TEDAŞ'ın bilgisi ve onayı olmadan dağıtım şirketi tarafından kira ve reklam faaliyeti yapıldığı, bu faaliyet üzerinden gelir elde edildiği, elde edilen gelirin dağıtım faaliyeti kapsamında olmadığı, ayrıca böyle bir işlemin ancak mülkiyet sahibi olan TEDAŞ'ın tasarrufu ile mümkün olabileceği, Anayasa ve Türk Medeni Kanunu'nda belirtilen mülkiyet esaslarına aykırılık söz konusu olduğu tespit edilmiş ve mevcut ihlal açısından arabuluculuk faaliyetine gidilmesi ve Dağıtım Sistemi Gelirlerinin Düzenlenmesi Hakkında Tebliğin 25. maddesinin yeniden düzenlenmesinin uygun olacağı belirtilmiştir<sup>45</sup>.

Elektrik dağıtım şirketlerinin özelleştirilmesinde İşletme Hakkı Devri ("İHD")'ne dayalı Hisse Satış Modeli uygulanmıştır ("İHS modeli"). Bu modele göre yatırımcının paylarını satın aldığı şirket dağıtım tesislerinin mülkiyetine değil sadece işletme hakkına sahiptir. İHDS'yi imzalayan şirketler dağıtım tesislerinin işletme hakkını, dağıtım tesislerinin işletilebilmesi için

<sup>45</sup> T.C. Sayıştay Başkanlığı, EPDK 2019 yılı Sayıştay Raporu, s.15-20, son güncelleme 3 Haziran 2023, <https://www.sayistay.gov.tr/reports/download/qV5g6AWoBP-enerji-piyasasi-duzenleme-kurumu>.



zorunlu diğer taşınır, taşınmazların işletme hakkını sadece 36 kV ve altı gerilim seviyesindeki elektrik enerjisinin hatlar üzerinden nakli amacıyla devralmaktadırlar.

İHDS’de, işletme hakkı devredilen varlıkların dağıtım faaliyeti dışında kullanılabilmesine dair herhangi bir hüküm bulunmamaktadır. Bunun tam aksine işletme hakları, sözleşmenin 5.1. maddesine göre, halihazır fiili ve hukuki durum ile devredilmektedir.

Belirtilen maddeye göre devir, “Dağıtım Bölgesinde yer alan, mülkiyeti ve/veya kullanım hakkı TEDAŞ’a ait olan dağıtım tesisleri ve dağıtım sistemi ile bunların üzerinde yer aldığı mülkiyetindeki ve/veya kullanımındaki taşınmazlar, bu taşınmazlar üzerindeki kullanım hakları, dağıtım tesislerinin gereği gibi işletilmesi için zorunluluk arz eden taşınmazlar, tesis, araç, gereç, iş makinaları, tesis cihazları ve bunların mütemmim cüzlerinin mülkiyet hakları saklı kalmak koşulu ile işletme haklarının halihazır fiili ve hukuki durum ile şirkete devredilmesidir.” Buradan çıkan sonuç ise, elektrik dağıtım şirketlerinin, mülkiyeti TEDAŞ’a ait olan trafo merkezlerine, aydınlatma ve nakil direklerine reklam alma ve diğer taşınmazları kiralama yetkisi hukuken bulunmamaktadır. Bu yetki mülkiyet hakkının bir sonucu olarak mülk sahibine aittir.

Mülk sahibi TEDAŞ ile elektrik dağıtım şirketleri arasında imzalanan İşletme Hakkı Devir Sözleşmesinde düzenlenmeyen bir hususta, 3. şahıs konumunda olan Elektrik Piyasası Düzenleme Kurumunun, tek taraflı idari işlemle (söz konusu tebliğ ile) mülkiyet hakkını sınırlandırması hukuka aykırıdır ve mevzuatın kendisine verdiği yetkinin aşılmasıdır. Zira 4628 Sayılı Enerji Piyasası Düzenleme Kurumunun Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanunun “Enerji Piyasası Düzenleme Kurulu ve Kurul Başkanlığı” başlıklı 5. Maddesinde EPDK’nın görevleri sayılmıştır. Söz konusu Kurumun görevleri bu maddenin s bendinde:

Mevcut sözleşmelere ilişkin olarak, bu Kanun hükümleri uyarınca rekabetçi piyasaya geçişi kolaylaştıracak hususlarda, taraflarca değerlendirilmek üzere değişiklik önerilerinde bulunmak ve mevcut sözleşmelerin ihtilafların halline ilişkin hükümlerini ihlal etmemek kaydıyla, bu sözleşmelere ilişkin herhangi bir resmi ihtilaf halli sürecinin başlatılmasından önce, ihtilafların halli için arabuluculuk yapmak.

şeklinde düzenlenmiştir. Kanun maddesinin lafzından da anlaşılacağı üzere EPDK’nın mevcut sözleşmeleri (ki bu sözleşmelerden biri de İHDS’dir) değiştirme veya değiştirme sonucu doğuracak düzenleme yapma yetkisi bulunmamaktadır. Dolayısıyla EPDK kanunun kendisine vermediği bir yetkiyi kullanmış ve üçüncü kişiler arasında yapılmış bir sözleşmenin uygulanmasını değiştirecek bir düzenleme yapmıştır. Nitekim yargıya taşınan ve bu çalışmada tartışılan uyuşmazlığın temelinde yatan da bu yetki aşımıdır.

## 2. MÜLKİYET HAKKI

Sayıştay denetim raporunda da belirtildiği üzere “mülkiyet” anayasal bir haktır. Anayasa’ya göre mülkiyet hakkı ancak “kamu yararı amacıyla” ve “kanunla” sınırlanabilir. Mülkiyet hakkı, Anayasa’nın “Mülkiyet hakkı” başlıklı 35’inci maddesinde:

Herkes, mülkiyet ve miras haklarına sahiptir. Bu haklar, ancak kamu yararı amacıyla, kanunla sınırlanabilir. Mülkiyet hakkının kullanılması toplum yararına aykırı olamaz.

şeklinde düzenlenmiştir. 4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu'nun "Mülkiyet hakkının içeriği" başlıklı 683'üncü maddesinde de malik olanın mülkiyet hakkının sınırı;

Bir şeye malik olan kimse, hukuk düzeninin sınırları içinde, o şey üzerinde dilediği gibi kullanma, yararlanma ve tasarrufta bulunma yetkisine sahiptir.

şeklinde ifade edilerek hüküm altına alınmıştır.

Mülkiyet sahibi, Kanun gereği eşya üzerinde doğrudan doğruya hâkimiyet sahibidir. Malik, hukuka aykırı olmamak kaydıyla eşya üzerinde istediği gibi tasarrufta bulunabilir. Malikin eşya üzerindeki tasarruf hakkı ancak kamu yararının gerektirdiği hallerde ve sadece kanun ile sınırlandırılabilir. Bu konuyu T.C. Anayasası net bir şekilde düzenlemiştir.

TEDAŞ, dağıtım varlıkları üzerinde doğrudan maliktir. Kural olarak söz konusu varlıklar üzerinde kullanma, yararlanma ve tasarrufta bulunma yetkisini haizdir. Ancak özelleştirme sonucunda misyonu değiştirilen TEDAŞ'ın bu varlıklar üzerinde doğrudan yetki kullanımı özelleştirme kanunları ve özellikle EPK tarafından kamu yararı sebebiyle sınırlandırılmıştır. Mülkiyet TEDAŞ'a ait olmakla birlikte yasal düzenlemeler ile kullanım hakları ilgili dağıtım şirketlerine devredilmiştir.

TEDAŞ'ın varlıklar üzerindeki mülkiyet hakkı ve dağıtım şirketlerinin de bu varlıklar üzerindeki kullanım hakkı düzenlemeleri kapsamında bir sorun yoktur. Hukuki sorun; dağıtım şirketinin gelir elde edici birtakım faaliyetlerinin (reklam ve kira) kanunun belirlediği sınır içine girip girmediği ve girmesi halinde TEDAŞ'ın mülkiyet hakkını ihlal edip etmediğidir.

### 3. FAALİYET GELİRİ

TEDAŞ'ın mülkiyetinde olan varlıklar üzerinden dağıtım şirketinin gelir elde edebilmesi için yukarıda belirtildiği üzere kanuna uygun olarak o gelirin elde edilmiş olması gerekmektedir. Dağıtım şirketinin gelirinin kanuna uygun olması demek; bu gelirin EPK gereği aldığı lisans ve TEDAŞ ile akdettiği işletme hakkı devir sözleşmesine uygun dağıtım faaliyetinden kaynaklandığı veya kanunun izin verdiği şekilde elde edilmiş olduğu anlaşılır.

Sayıştay raporuna konu olan gelir, Dağıtım Tarifesinin Düzenlenmesi Hakkında Tebliğin<sup>46</sup> 25. maddesinde zikredilen reklam ve kira geliridir. Kanun ve Tebliğ kapsamında cevaz verilen gelir aslında dağıtım faaliyeti kapsamında yer almayan (piyasa dışı) ancak EPK md.9 gereği "*Dağıtım faaliyetiyle birlikte yürütülmesi verimlilik artışı sağlayacak nitelikteki piyasa dışı bir faaliyetin*" geliri niteliğinde olması halinde kanunun cevaz verdiği gelirdir. Somut olaya bakıldığında Sayıştay denetim raporunda ilgili Tebliğin 25. maddesine göre dağıtım şirketleri tarafından elde edilen söz konusu gelirlerin verimlilik artışı sağlayacak faaliyetlere yönlendirilip yönlendirilmediği araştırılmalıdır. Dağıtım varlıkları üzerinden alınan dağıtım ve kira gelirinin, enerjide teknik kayıpların önlenmesi, yeni yapılacak dağıtım tesisleri veya, kaçakları önlemek için (ve benzeri verimlilik artışını sağlayıcı faaliyetlere) harcanması verimliliğin artışı

<sup>46</sup> 19.11.2021 tarihli değişiklikten önceki Tebliğin 25' inci maddesi.

sağlayacak nitelikte sayılabileceğinden, bu gelirlerin kanuna uygunluğundan söz edebiliriz<sup>47</sup>. Ancak bunun için özellikle muhasebe kayıtlarının incelenmesi gerekmektedir. Elde edilen reklam veya kira gelirinin doğrudan verimlilik artışı sağlayacak kalemlere yönlendirilmesi gerekmektedir. Aksi halde Sayıştay raporunda bahsedildiği gibi Kanuna uygun olmayan gelir sınıfına gidereceği değerlendirilmektedir.

Sayıştay denetim raporunda bulgu olarak karşımıza çıkan hukuki sorun, işletme hakkı devri sözleşmesine; dağıtım varlıkları özelinde kira sözleşmesi odaklı bakış açıdır. Yukarıda açıklanan Yargıtay kararında belirttiği gibi bu sözleşmelere dağıtım varlıklarının kiralanması odaklı değil, yürütülmekte olan kamu hizmetlerinin, işletme hakkını devralan tarafından yerine getirilmesine devam edilmesi ve hizmetlerin iyileştirilmesi odaklı bakılmalıdır.

Her ne kadar EPDK m. 9 hükmü verimlilik artışı sağlaması şartıyla dağıtım şirketlerinin piyasa dışı faaliyet yürütmesine izin verilmiş olsa da bu faaliyetin üçüncü kişilerin haklarına halel getirmemesi gerekir. Verimlilik artışı sağladığı gerekçesiyle EPDK tarafından verilen izin bu yönüyle TEDAŞ'ın mülkiyet hakkını ihlal etmektedir ve EPK m. 9 hükmünün bu sebeple uygulanması mümkün değildir.

Hal böyle olmakla birlikte elektrik dağıtım şirketleri düzenlemeye tabi faaliyet yürüten şirketler olduğu için EPDK düzenlemelerine uygun faaliyet yürütmek zorundadırlar. Dağıtım şirketleri EPDK düzenlemelerine aykırı faaliyet yürütmesi halinde yaptırımla karşılaşır. Dağıtım şirketlerinin kira ve reklam geliri konusunda EPDK düzenlemelerine uygun olarak faaliyet göstermiş olmasını bu yönüyle hukuka aykırı kabul edilmemelidir. Bu noktada EPDK düzenlemesinin mi yoksa İHDS'nin mi uygulanması gerektiği tartışılabilir. Dağıtım şirketleri, elde ettiği kira ve reklam gelirlerini İHDS gereği TEDAŞ'a aktarması halinde Tebliğ'deki düzenlemeye aykırı hareket etmiş olurlar ve yaptırıma tabi tutulurlar. Bu sebeple dağıtım şirketlerinin dağıtım tesislerini kiraya vermektен veya dağıtım tesislerine reklam almaktan dolayı elde ettiği geliri Tebliğ çerçevesinde değerlendirmesinin hukuka uygun kanaatindeyiz.

## SONUÇ

Dağıtım şirketleri almış oldukları lisans ve yaptıkları işletme devir hakkı sözleşmesi ile TEDAŞ'ın mülkiyetinde olan dağıtım varlıklarını, sözleşmeye ve mevzuata uygun olarak işletmek zorundadırlar.

Dağıtım şirketlerinin Dağıtım Tarifesinin Düzenlenmesi Hakkında Tebliğ çerçevesinde dağıtım tesislerine reklam alması ve tesisleri kiraya vermesi EPK m. 9 hükmü kapsamında

<sup>47</sup> İlk derecesi mahkemesi bir kararında, "6446 sayılı Kanun ve bu Kanuna dayanılarak hazırlanan Elektrik Piyasası Lisans Yönetmeliği uyarınca elektrik dağıtım şirketlerinin, dağıtım faaliyetiyle birlikte yürütülmesi, verimlilik artışı sağlayacak nitelikteki piyasa dışı bir faaliyeti yürütmelerine olanak tanınmış olup, dağıtım şirketleri bakımından verimlilik artışı sağlayan nitelikte bir faaliyetten elde edilen reklam veya kira gelirleri olduğu takdirde bu gelirlerin dağıtım şirketlerinin tarife hesaplamalarına konu edilmesinin 6446 sayılı Kanunum birinci maddesinde belirtilen "tüketicilere düşük maliyetli elektrik sunulması" amacına uygunluk arz ettiği, dağıtım şirketlerinin düzenleyici hesap planlarına kaydedilmiş olması kaydıyla EPDK'ya sundukları reklam ve kira gelirleri tarife dışı işletme geliri olarak kabul görmüş ve "reklam ve kiraya verme" faaliyetleri nedeniyle elde edilen gelirler (reklam ve kira geliri) davalı X'in tarife hesaplamalarına dahil edilmiştir." Ankara 7. Asliye Ticaret Mahkemesi 8.2.2022 Tarih ve 2021/189 E. 2022/91 K. sayılı karar)

verimlilik artışı sağlayan piyasa dışı bir faaliyet olarak değerlendirilebilir. Bu yönüyle bakıldığında Tebliğ hükmü yerinde bir düzenleme olarak kabul edilebilir.

Ancak kaynağını anayasadan ve yasalardan alan ve ancak kanunla sınırlandırılabilen mülkiyet hakkının da dikkate alınması ve İHDS ile dağıtım tesislerinin mülkiyet hakkının değil sadece tesislerin dağıtım faaliyetinin yürütülmesi ile sınırlı olarak işletme hakkının devredildiğinin doğru tespit edilmesi gerekmektedir. Bu çerçeveden olay değerlendirildiğinde dağıtım şirketlerinin dağıtım tesislerine reklam alması ve tesisleri kiraya vermesi TEDAŞ'ın mülkiyet hakkının ve İHDS'nin ihlal edilmesidir.

EPDK Tebliğ ile yapmış olduğu düzenlemede Anayasal güvence altına alınan mülkiyet hakkını normlar hiyerarşisine aykırı şekilde Tebliğ ile sınırlandırmış ve üçüncü kişinin haklarını düzenleyen ve EPDK'nın düzenlemelerine tabi olmayan TEDAŞ'ın taraf olduğu İHDS hükümlerini hiçe saymıştır. Bu düzenleme ile EPDK yetki sınırlarını aşmıştır. Nitekim EPDK'nın yetkilerini düzenleyen 4628 sayılı kanunun ilgili hükümlerinde de EPDK'ya bu yönde bir yetki verilmediği açıkça görülmektedir.

Her ne kadar sorunun kaynağı EPDK'nın düzenlemesi olsa da dağıtım şirketin faaliyetleri açısından bakıldığında bir hukuka aykırılık görülmemektedir. Zira dağıtım şirketleri düzenlemeye tabi şirketlerdir ve EPDK'nın ikincil mevzuatına uygun faaliyet göstermek zorundadırlar. Bunun neticesi olarak dağıtım şirketlerinin elde ettiği kira ve reklam gelirlerini TEDAŞ'a aktarması Tebliğ hükümlerine aykırı olacaktır ve dağıtım şirketinin yaptırıma tabi tutulmasını gerektirecektir. Dolayısıyla dağıtım şirketlerinin hukuka aykırı olan Tebliğ hükümlerine uygun faaliyet göstermesini, Tebliğ yürürlükte kaldığı sürece hukuka aykırı kabul etmek gerektiği kanaatindeyiz. Hali hazırda yargıya taşınmış uyuşmazlıkların temel sebebinin EPDK'nın anayasaya ve İHDS'ye aykırı düzenlemeleri olduğunun tespit edilmesi ve Tebliğ hükümlerinin değiştirilmesi gerekmektedir.

## KAYNAKÇA

- Akın, Ümit. “Elektrik Üretim İletim ve Dağıtım Tesislerinin İşletme Hakkının Devri ve İşletme Hakkı Devir Sözleşmeleri”, *Danıştay Dergisi*, 30/102 (2000): s. 29-46.
- Akpınar, Deniz. “Cumhuriyet Dönemi (1923-1950)’nde Kayseri’nin İdari Ve İktisadi Gelişimi Kayseri’nin idari ve iktisadi gelişimi”, Doktora Tezi, Atatürk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Erzurum: 2013.
- Akyüz, Mustafa ve Deniz Akgül. “Serbest Tüketici Kavramı ve Elektrik Perakende Satış Şirketlerinin Pazarlama Stratejisi Uygulamaları Üzerine Kavramsal Bir Çalışma”, *Çağ Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, 17/1 (2020): s.90-101.
- Alma, Hasan. “Özelleştirilen Elektrik Dağıtım Ve Perakende Satış Şirketlerinin Şirket Değerleme Yaklaşımıyla İncelenmesi”, Doktora Tezi, Hacettepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü İşletme Anabilim Dalı, Ankara: 2015.
- Beydoğan, Turgut Ayhan. “Türk Hukukunda İmtiyaz Sözleşmelerinin Hukuki Niteliği: 406 ve 5809 Sayılı Kanunlar Açısından Değerlendirilmesi”, *Ankara Barosu Dergisi*, 4 (2010), s. 111-135.
- Cengiz, Sibel. “Türkiye’nin Elektrik Enerjisi Piyasasında Yeniden Yapılanma”, *Yönetim Bilimleri Dergisi*, 4/1 (2016): s. 117-134.
- Çetintaş, Hakan ve İbrahim Murat Bicil. “Elektrik Piyasalarında Yeniden Yapılanma ve Türkiye Elektrik Piyasasında Yapısal Dönüşüm”, *Optimum Ekonomi ve Yönetim Bilimleri Dergisi*, 2/2 (2014), s.1-15.
- Diker, Ersin. “Değişen Reklamcılık ve Metafor Kullanımı “Dergi Reklamları Üzerine İnceleme”. Yüksek Lisans Tezi, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimleri Enstitüsü, Konya: 2010.
- Dinç, Ali Rıza. “Elektrik Dağıtım Şirketleri Düzenleyici Hesap Planı”, *Uzman Gözüyle Enerji Dergisi*, 1/2 (2017): s.9-11.
- Dünya Bankası. “Dünya Bankası Raporu; Türkiye Cumhuriyeti: Elektrik Dağıtım Şirketlerinin Hizmet Kalitesinin İyileştirilmesine Yönelik Adımlar Nihai Rapor”, Kasım 2016, son güncelleme 3 Haziran, <http://documents1.worldbank.org/curated/fr/119471484308727801/pdf/ACS20668-REVISED-PUBLIC-TUR-KISH-TCDISKOMENprintrevtüresiz.pdf>.
- Enerji Piyasası Düzenleme Kurumu. “Elektrik Piyasası ve Tüketici Hakları”, son güncelleme 3 Haziran, 2023, <http://www.epdk.gov.tr/Detay/DownloadDocument?id=Ik5brlSeH0=>.
- Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı. “Elektrik Enerjisi Sektörü Reformu ve Özelleştirme Strateji Belgesi-2004, s. 2. Son güncelleme 3 Haziran, 2023, <https://enerji.gov.tr/bilgi-merkezi-yayinlar-belgeler>.
- Ertılav, Murat ve Mehmet Aktel. TEDAŞ (Türkiye Elektrik Dağıtım Anonim Şirketi) Özelleştirmesi, 2015, Uluslararası Alanya İşletme Fakültesi Dergisi, C. 7, S. 2, s. 95-108.
- Güler, Ezgi, Süheyla Yerel Kandemir ve Emin Açıklalp. “Türkiye’deki Enerji Dağıtım Şirketlerinin Etkinliklerinin Veri Zarflama Analizi ile Değerlendirilmesi”, *Bilecik Şeyh Edebali Üniversitesi Fen Bilimleri Dergisi*, 7/1 (2020): s. 66-79.
- Günday, Metin. İdare Hukuku, Yenilenmiş 5. Baskı, Ankara:İmaj Yayıncılık, 2002.
- Kara, Oğuz ve Mustafa Uslu. “Elektrik Dağıtım Şirketlerinin Etkinliği: Bootstrap Tahminli İki Aşamalı DEA Analizi”, *Niğde Ömer Halisdemir Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi*, 2/1 (2020 ): s. 189-206.
- Karahan, Ahmet. “İmtiyaz Sözleşmelerinden Kaynaklanan Uyuşmazlıklar ve Çözüm Yolları”, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, İstanbul, 2011.
- Koçyiğit, Ahmet. “Geleneksel Reklamcılıktan Dijital Reklamcılığa Geçiş, Sosyal Medya Reklamcılığı ve Ortaya Çıkan Sorunlar”, Yüksek Lisans Tezi, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara 2017.

- Meral, Emin, Ahmet Teke ve Mehmet Tümay. “Elektrik Tesislerinde Enerji Verimliliği”, *Uludağ Üniversitesi Mühendislik-Mimarlık Fakültesi Dergisi*, 14/1 (2009): s. 31-37.
- T.C. Sayıştay Başkanlığı, EPDK 2019 yılı Sayıştay Raporu, s.15-20, son güncelleme 3 Haziran 2023, <https://www.sayistay.gov.tr/reports/download/qV5g6AWoBP-enerji-piyasasi-duzenleme-kurumu>.
- Tan, Turgut. İdare Hukuku, 2. Baskı, Ankara: Turhan Kitabevi, 2013.
- Tekinsoy, M. Ayhan ve Mustafa Bayram Mısırlı. “İşletme Hakkı Devir Sözleşmelerinden Kaynaklanan Uyuşmazlıkların Yargısal Çözümüne İlişkin Eleştirel Bir Yaklaşım”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 71/4 (2022): s. 1653 – 1690.
- Türk Dil Kurumu Sözlükleri. “Genel Türkçe Sözlük”, son güncelleme 3 Haziran 2023, <https://sozluk.gov.tr/>.
- Türk, Yusuf Ziya. “Türkiye’ de Özelleştirme Uygulamalarının Analizi”, Uzmanlık Tezi, T.C. Kalkınma Bakanlığı, Ankara:2014, Yayın No: 2885.
- Türkiye Elektrik Dağıtım Anonim Şirketi. “Dağıtım Şirketleri”, son güncelleme 3 Haziran, 2023, [https://www.tedas.gov.tr/#!dagitim\\_srkt](https://www.tedas.gov.tr/#!dagitim_srkt).
- Türkiye Elektrik Dağıtım Anonim Şirketi. “Hakkımızda- Tedaş Elektrik Dağıtım A.Ş.”, son güncelleme 3 Haziran, 2023, [https://www.tedas.gov.tr/#!tedas\\_hakkimizda](https://www.tedas.gov.tr/#!tedas_hakkimizda).
- Türkiye Elektrik Dağıtım Anonim Şirketi. “Türkiye Elektrik Dağıtım A.Ş. Ana Statüsü md. 6.”, son güncelleme 3 Haziran, 2023, [https://www.tedas.gov.tr/#!tedas\\_anastatu](https://www.tedas.gov.tr/#!tedas_anastatu).
- Yılmaz, Oğuz. TÜBİTAK “Öncelikli Alanlar Araştırma Teknoloji Geliştirme ve Yenilik Projeleri Destekleme Programı” Kapsamında Çıkarılacak Çağrı Konularının Belirlenmesi İçin Teknik Değerlendirme Raporu, (Elektrik Üretim-İletim-Dağıtım Alanlarında Enerji Verimliliğinin Arttırılması İçin Yapılabilecekler) Güç Sistemleri Bölümü, son güncelleme 3 Haziran 2023, <https://www.slideshare.net/PowerSystems2k/elektrik-uretimiletimdagitimindaenerjiverimliliği-finaloguzyılmaz>.

## YARGI KARARLARI

- Yargıtay Kararı: Yargıtay 17. Hukuk Dairesi Esas: 2015/4818 Karar: 2017/8842 Tarih: 11.10.2017
- Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı: 04.06.1958 gün 15/6 sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı
- Danıştay Kararı: Danıştay 1. Daire, E. 2004/17 K. 2004/24, T. 5.3.2004.
- Yargıtay Kararı: Yargıtay Hukuk Genel Kurulu E. 2014/6-895 K. 2016/599 T. 11.5.2016.
- Ankara 7. Asliye Ticaret Mahkemesinin 2021/194 E. 2022/377 K. sayılı ve 2.6.2022 tarihli dosyası.
- Ankara 7. Asliye Ticaret Mahkemesinin 2021/189 E. 2022/91 K. sayılı ve 8.2.2022 tarihli dosyası.



İntihal | Plagiarism: Bu makale, en az iki hakem tarafından incelendi ve intihal içermediği teyit edildi.

| This article has been reviewed by at least two referees and scanned via a plagiarism software.

# MESLEK HASTALIKLARINI ÖNLEMENE YÖNELİK DEVLETİN YÜKÜMLÜLÜKLERİ KAPSAMINDA LİSTE YÖNTEMİNİN ETKİSİ

## THE EFFECT OF THE LIST METHOD WITHIN THE SCOPE OF STATE OBLIGATIONS TO PREVENT OCCUPATIONAL DISEASES

Dr. Öğr. Üyesi Çiğdem Yorulmaz\*

### ÖZ

İnsanlar, zorunlu ihtiyaçlarını karşılamak için çalışmak zorundadır. Çalışanların fizyolojik risklere maruz kalmadan çalışması, yaşam hakkının bir gereğidir. Çalışma koşullarından kaynaklı sağlık durumlarının bozulması halinde çalışanlar, meslek hastalığı ile karşı karşıya kalır. Meslek hastalığının varlığından bahsedebilmek için sigortalı olunması, sigortalının bedenen ve ruhen zarara uğraması, bu durumun uzun süre çalışmadan veyahut yürütülen işten kaynaklanması gerekmektedir. Bu koşulların varlığı halinde 5510 sayılı SSGSSK. m.14 kapsamında meslek hastalığı sigortasından yararlanabilmek için ayrıca Sosyal Güvenlik Kurumuna başvuru ve bu durumun sağlık kurulu raporu ile belgelendirilmesi gereklidir. Çalışmamız, meslek hastalığı kavramı ile sınırlı ele alınmış olduğundan meslek hastalığının önlenmesi halinde çalışanların yaşam hakkı korunurken, işverenin meslek hastalığının sonuçlarıyla karşılaşması engellenerek tazmin yükümlülüğü ortadan kalkacak, aynı zamanda işveren işgücünü de kaybetmemiş olacaktır. Devlet ise sosyal riskin önlenmesi nedeniyle sigorta yardımı yükümlülüğünden kurtularak ülke ekonomisinin olumsuz yönde etkilenmesi engellenecektir. Meslek hastalıklarının önlenmesine yönelik uluslararası belgelerde, mukayeseli hukukta birçok düzenleme yapılmış, verilerin toplanmasının önemi vurgulanmış, oluşturulan Meslek Hastalıkları Listeleriyle bu hastalıklara karşı dikkatli hareket edilmesi gerektiği, farkındalığının artırılmasının önemi belirtilmiştir. Hukukumuzda Devlet oluşturduğu kurumsal yapıyla meslek hastalıklarının önlenmesine yönelik uygulamaları yerine getirmektedir. Ülkemizde oluşturulan Meslek Hastalıkları Listesinde yer alan hastalıklarla ilgili önleyici mekanizmanın etkin çalışması önemlidir.

Meslek hastalığının önlenmesi halinde çalışanların yaşam hakkı korunurken, işverenin meslek hastalığının sonuçlarıyla karşılaşması engellenerek tazmin yükümlülüğü ortadan kalkacak, aynı zamanda işveren işgücünü de kaybetmemiş olacaktır. Devlet ise sosyal riskin önlenmesi nedeniyle sigorta yardımı yükümlülüğünden kurtularak ülke ekonomisinin olumsuz yönde etkilenmesi engellenecektir. Meslek hastalıklarının önlenmesine yönelik uluslararası belgelerde, mukayeseli hukukta birçok düzenleme yapılmış, verilerin toplanmasının önemi vurgulanmış, oluşturulan Meslek Hastalıkları Listeleriyle bu hastalıklara karşı dikkatli hareket edilmesi gerektiği, farkındalığının artırılmasının önemi belirtilmiştir. Hukukumuzda Devlet oluşturduğu kurumsal yapıyla meslek hastalıklarının önlenmesine yönelik uygulamaları yerine getirmektedir. Ülkemizde oluşturulan Meslek Hastalıkları Listesinde yer alan hastalıklarla ilgili önleyici mekanizmanın etkin çalışması önemlidir.

**Anahtar Kelimeler:** Meslek hastalığı, Meslek Hastalıkları Listesi, İş sağlığı ve güvenliği, Eğitim, Farkındalık, İş sağlığı ve güvenliği kültürü.

\* Kırıkkale Üniversitesi Hukuk Fakültesi İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Ana Bilim Dalı.

0000-0001-5160-4128 cyorulmaz@kku.edu.tr



Bu eser Creative Commons Atıf-Gayri Ticari-Türetilemez 4.0 Uluslararası Lisansı ile lisanslanmıştır. This work is licensed under a Creative Commons Attribution-NonCommercial-NoDerivatives 4.0 International License.



## ABSTRACT

People have to work to meet their essential needs. It is a requirement of the right to life that employees work without being exposed to physiological risks. In case of deterioration of health status due to working conditions, employees are faced with occupational diseases. In order to be able to talk about the existence of an occupational disease, it is necessary to be insured, to suffer physical and mental damage to the insured, and this situation must be caused by working for a long time or by the work carried out. In the presence of these conditions, SSGSSK No. 5510. In order to benefit from occupational disease insurance under Article 14, it is necessary to apply to the Social Security Institution and document this situation with a health board report. Since our study is limited to the concept of occupational disease, the conditions for benefiting from occupational disease insurance and the rights provided have not been examined.

In the event of prevention of occupational disease, the right to life of the employees will be protected, the employer will not be faced with the consequences of the occupational disease, and the compensation obligation will be eliminated, and at the same time, the employer will not have lost its workforce. The state, on the other hand, will be freed from the obligation of insurance assistance due to the prevention of social risk, and the country's economy will be prevented from being adversely affected. In international documents for the prevention of occupational diseases, many regulations have been made in comparative law, the importance of data collection has been emphasized, and the importance of raising awareness of these diseases has been emphasized with the Occupational Diseases Lists created. In our law, the State carries out the practices for the prevention of occupational diseases with the institutional structure it has created. It is important that the preventive mechanism works effectively for the diseases included in the Occupational Diseases List created in our country.

**Keywords :** Occupational disease, List of Occupational Diseases, Occupational health and safety, Education, Awareness, Occupational health and safety culture.

## GİRİŞ

Meslek hastalıkları, çalışanların sağlığını olumsuz yönde etkileyen, fiziksel ve ruhsal kayıplara neden olan bir durumdur. Meslek hastalıklarının önlenmesi yaşam hakkının bir gereğidir. Sağlıklı ve güvenli bir ortamda çalışmak çalışanların en başta gelen hakkıdır. Meslek hastalığının varlığı hem kişinin kendisine hem de bakmakla yükümlü olduğu kişilere zarar verir. Hasarın boyutu maruziyete göre değişir, bazen ölümlerle bile sonuçlanabilir. Çalışanların iş yerinde meslek hastalıklarına neden olan havayı solumaları ve uygun olmayan koşullarda çalışmaya maruz kalmaları, insan haklarına aykırıdır. Bu nedenle meslek hastalıklarının önlenmesi için ciddi tedbirlerin alınması gereklidir. Aksi takdirde telafisi mümkün olmayan zararlar meydana gelecektir. Ayrıca meslek hastalıkları işveren ve Devlet üzerinde de ağır bir yük oluşturmaktadır. İşveren hem yetmişmiş iş gücünü meslek hastalığı nedeniyle kaybetmekte, hem üretim yavaşlamakta ya da durmakta, hem de ortaya çıkan zararı tazmin etmekle yükümlü kalmaktadır. Devlet ise işçiye veya meslek hastalığı nedeniyle geride kalan hak sahiplerine yardım etmek zorundadır.

Meslek hastalığı, işin niteliğinden veya çalışma koşullarından kaynaklanan ve kişide bedensel veya ruhsal arızalara neden olan bir hastalıktır. 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu önleyici hukuk kurallarını içerirken, 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu, meslek hastalığında tazmin edici hukuk kurallarını içermektedir. Önemli olan risk oluşmadan önlemektir. Bu amaçla meslek hastalıklarını önlemeye yönelik düzenlemeler büyük önem taşımaktadır.

Uluslararası Çalışma Örgütü'nün Sözleşme ve Tavsiye Kararları ile Avrupa Komisyonu'nun Direktiflerinde meslek hastalıklarının önlenmesine yönelik düzenlemeler bulunmaktadır. Dünya Sağlık Örgütü'nün Uluslararası Çalışma Örgütü ile ortak çalışmaları ulusal yasalara yön vermektedir. Uluslararası Çalışma Örgütü, 1919 yılında hazırladığı Meslek Hastalıkları Listesini zaman içinde güncellemiştir. Avrupa Birliği direktiflerinden de ilham alınarak Meslek Hastalıkları Listelerinin hazırlanmasındaki temel amaç, meslek hastalıklarına neden olan hastalıkları listeleyerek veri toplamak ve takibini yapmak, bu hastalıkların önemini vurgulamak ve çalışanların maruz kalmalarını önleyici tedbirler almaktır. Bu nedenle Meslek Hastalıkları Listesinin meslek hastalıklarını önlemedeki önemi yadsınamaz.

Meslek hastalığından söz edilebilmesi için belirli şartların var olması gerekir. Sigortalı olmak, sigortalının bedensel ve ruhsal zarara uğraması, bedensel veya ruhsal engelinin uzun süreli çalışma veya yapılan işten kaynaklanması gerekir. Bir hastalığın meslek hastalığı sayılabilmesi için o hastalığın Meslek Hastalıkları Listesinde yer alması zorunlu olmamakla birlikte farklı ülke uygulamalarına göre zorunlu koşul olarak karşımıza çıkabilmektedir. Sigortalının, hastalığın mesleğin icrası nedeniyle, işin veya işyerinin niteliğinden dolayı ortaya çıktığını hukuk sisteminin belirlediği şekilde ispat etmesi zorunludur.

Uluslararası Çalışma Örgütü üye ülkelere üç farklı sistem önermektedir. Bunlardan ilki; hastalıkların meslek hastalıkları listesinde yer almasının kabulüne dayalı bir sistemdir. İkinci sistem, meslek hastalıkları listesi bulunmamakla birlikte, çalışanın hastalığının mesleki faaliyet ile ilgili olduğunun ispatına dayalı bir sistem olarak açıklanabilir. Üçüncü sistem ise; her iki

sistemin birlikte uygulandığı karma sistemdir. Bu sistem, Meslek Hastalıkları Listesinde yer almayan hastalıkların mesleki faaliyetin icrası ile ilgili olduğunun ispatına dayalıdır. Ülkemizde meslek hastalıklarının tespitinde karma sistem benimsenmiştir.

Meslek hastalıkları listesinin tıp alanındaki gelişmelere bağlı olarak güncellenmesi ve günün koşullarına uyarlanması önemlidir. Teknolojideki gelişmeler farklı hastalıklarla karşılaşılmasına neden olmaktadır. Meslek Hastalıkları Listesinin düzenlenme amacı, listedeki hastalıkların meslek hastalığına neden olabileceğini belirleyerek, bu hastalıklara karşı alınacak önlemlerle çalışanların maruziyetini engellemektir. Ülkemizde ise Meslek Hastalıkları Listesi çalışanların hastalığa yakalanmasının önlenmesinden ziyade, çalışanın maruz kaldığı hastalığın listede tespit edilmesi durumunda meslek hastalığı sigortasından yararlanılmasını sağlamak için kullanılmaktadır. Bu durum listelerin oluşturulmasındaki amaçtan uzaklaşıldığını göstermektedir. Devlet tarafından oluşturulacak kurumsal yapı ile Meslek Hastalıkları Listesinin güncelliğinin sağlanması, önleyici hukuk kurallarının oluşturulması veya eksikliklerin giderilmesi, eğitimlerin verilmesi gibi yerine getirilmesi gereken birçok görev bulunmaktadır.

## I. MESLEK HASTALIKLARINI ÖNLEMeye YÖNELİK DEVLETİN YÜKÜMLÜLÜKLERİ

Hastalık kavramı, organizmada istenmeyen değişikliklerin ortaya çıkışıyla sağlığın bozulması, acı ve ağrı şeklinde tanımlanabilir<sup>1</sup>. Bu tanımdan hareketle nesnel ölçütün toplum içinde yaşayan kişilerin hastalığı nedeniyle oluşan işgücü kaybı, öznel ölçütün ise kişide meydana gelen hafif bir rahatsızlık veya ağır bir ağrı ve benzerleri şeklinde olduğunu söylemek mümkündür<sup>2</sup>. Sayılanlardan hangisiyle kendini gösterirse gösterebilir hastalık, insanın beden ve ruhen normal ve sağlıklı olmama halidir<sup>3</sup>.

Toplumsal işleyiş içerisinde insanların rollerini yerine getirmesini engelleyen hastalık, toplumda bir tehdit unsuru olarak karşımıza çıkmaktadır<sup>4</sup>. İnsanlar zorunlu ihtiyaçlarını karşılayarak hayatını sürdürebilmek, insan onuruna yakışır şekilde yaşayabilmek için çalışmak zorundadır. Çalışmak hem kişinin kendisine hem topluma hem de ülke ekonomisine fayda sağlamaktadır. Çalışanların iş görme edimini yerine getirirken sosyal riskle karşılaşmadan, güvenli bir ortamda çalışması, çalışma özgürlüğünün ve yaşam hakkının bir gereğidir.

<sup>1</sup> <https://sozluk.gov.tr> (E.t 14.06.2022).

<sup>2</sup> Haydar Akın, “*Tip Tarihi Yazımında Yöntem; Hastalık Kavramı ve Hastalık Tanımı*”. [https://www.academia.edu/37354551/Tip\\_Tarihi\\_Yazımında\\_Yöntem\\_Hastalık\\_Kavramı\\_ve\\_Hastalık\\_Tanımı](https://www.academia.edu/37354551/Tip_Tarihi_Yazımında_Yöntem_Hastalık_Kavramı_ve_Hastalık_Tanımı), (E.t 14.06.2022).

<sup>3</sup> Fatih Uşan, *Türk Sosyal Güvenlik Hukukunun Temel Esasları*, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2009, s.29; Sami Narter, “Meslek Hastalığında Kusur Tarihinin Belirlenmesi”, *Karatahta İş Yazıları Dergisi*, 22 (2022), s.93, 95.

<sup>4</sup> Ömer Aytac ve Muzaffer Çağlar Kurttaş, “Sağlık-Hastalığın Toplumsal Kökenleri ve Sağlık Sosyolojisi”, *Fırat Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, 25/1, (2015), s.231, 232. <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/157413>, (Erişim Tarihi 15.09.2022).

Hastalığa çalışanların işyerinde maruz kalma sıklığı, işyeri dışında kişilerin aynı hastalığa yakalanma olasılığından daha fazla olacağından hastalık ile maruz kalma arasında illiyet bağının varlığı meslek hastalığını ortaya çıkarmaktadır<sup>5</sup>.

Sanayileşme ve teknolojik gelişmeler ile birlikte çalışma şartlarının değişmesi ve yapılan işe bağlı olarak ağırlaşması, çalışanların hastalıklarla karşılaşmasına neden olmaktadır<sup>6</sup>. Toplumda görülen genel hastalıklar çalışanların arasında da sık görülmekle birlikte ikinci sırada işle ilgili hastalıklar, üçüncü sırada ise meslek hastalıkları yer almaktadır<sup>7</sup>.

Teknoloji ve modernizasyon alanında yaşanan değişimler, sağlığı tehdit eden yeni meslek hastalıklarının ortaya çıkmasına neden olmuştur. Sağlık, fiziksel, sosyal ve ruhsal olarak tam bir iyilik hali olup yalnızca hastalık veya sakatlığın olmaması anlamına gelmemektedir<sup>8</sup>. Hastalıkların henüz ortaya çıkmadan engellenmesi, insan sağlığı için önemli olduğu kadar toplum sağlığı için de önemlidir<sup>9</sup>.

## A. MESLEK HASTALIĞI KAVRAMI VE UNSURLARI

### 1. Kavramı

Meslek hastalığı, yapmakta oldukları meslek ya da işten veya çalışma koşullarından kaynaklı olarak çalışanların sağlık durumlarının bozulmasıdır<sup>10</sup>. Dünya Sağlık Örgütü, meslek

<sup>5</sup> International Labour Organization, “*Diagnostic and Exposure Criteria for occupational diseases: Guidance Notes for Diagnostis and Prevention of the Diseases in the ILO List of Occupational Diseases (revised 2010)*”, Shengli Niu, Caloudio Colosio, Michele Carugno and Anil Adisesh (ed) 2022. [https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed\\_dialogue/---lab\\_admin/documents/publication/wcms\\_836362.pdf](https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_dialogue/---lab_admin/documents/publication/wcms_836362.pdf), (E.t 13.10.2022).

<sup>6</sup> Sarper Süzek, “İşçilerin İş Sağlığı ve Güvenliği Konusunda Hakları ve Yükümlülükleri”, *Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi*, 2/6, (2005), s.610; Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı, *Meslek Hastalıkları ve İş ile İlgili Hastalıklar Tanı Rehberi*, Avrupa Birliğinin Finansal Desteği ile İSGİP kapsamında hazırlanmıştır, Basılı Yayın s.9; Cüneyt Olgaç ve Mehmet Bulut, *İş Kazaları ve Meslek Hastalıkları Uygulamaları*, Ankara: Bilge Yayıncılık, 2013, s.19; Serkan Odaman, “İş Sağlığı ve Güvenliği Açısından Tarafların Önemli Hak ve Yükümlülükleri ile Uluslararası Standart”, *Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi*, 3/11, (2006), s.879, 881; H. Sena Akkışla, “İş Kazası ve Meslek Hastalığı Sebebiyle İşverenin Yarışan Sorumluluğu”, *İstanbul Barosu Dergisi*, 96/1, (2022), s.145,149. <https://www.istanbulbarosu.org.tr/files/yayinlar/dergi/ibd20221/148/> (E.t 30.09.2022); Narter, “*Meslek Hastalığında Kusur Tarihinin Belirlenmesi*”, s.95; Fuat Bayram, “Çalışma Yaşamında Ön Plana Çıkan İş Sağlığı ve Güvenliği Problemleri”, *Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi*, 12/45, (2015), s.71; Cem Baloğlu, *Avrupa Birliği ve Türkiye’de İş Sağlığı ve Güvenliği*, İstanbul: Beta Yayıncılık, 2013, s.10; Fatma Kocabaş, Ufuk Aydın, Verda Canbey Özgüler, Mustafa Necmi İlhan, Seher Demirkaya, Nihan Ak ve Cansu Özbaş, “Çalışma Ortamında Psikososyal Risk Etmenlerinin İş Kazası, Meslek Hastalıkları ve İşle İlgili Hastalıklarla İlişkisi”, *Sosyal Güvenlik Dergisi*, 14, (2018), s. 28, 35. <https://dergipark.org.tr/pub/sosyalguvence/issue/42316/509165>, (E.t 03.10.2022); Ali Kemal Nurdoğan, “Uluslararası Çalışma Örgütünün (ÜÇÖ-ILO) Yüzüncü Yıl Dönümü ve Türkiye İlişkileri”, *Bitlis Eren Üniversitesi Akademik İzdüşüm Dergisi*, 3/4, (2018), s.78, 80. <https://dergipark.org.tr/pub/beuibfaidd/issue/41892/471291>, (E.t 04.10.2022).

<sup>7</sup> Sami Narter, “Meslek Hastalıklarında Sorumluluklar ve Sigortasız Çalışanın Meslek Hastalığına Tutulması”, *Karatahta İş Yazıları Dergisi*, 2, (2015), s.19, 22.

<sup>8</sup> Zeynep Ebrar İlman, “Türkiye’de Meslek Hastalıkları”, *Uluslararası Sağlık Yönetimi ve Stratejileri Araştırma Dergisi*, 1/1, (2015), s.21, 22. <https://dergipark.org.tr/tr/pub/usaysad/issue/16703/173672>, (E.t 15.09.2022).

<sup>9</sup> Aytaç ve Kurttaş, “*Sağlık-Hastalığın Toplumsal Kökenleri ve Sağlık Sosyolojisi*”, s.242.

<sup>10</sup> Savaş Kanbur, Ceyhan Arca, “*İş Kazası ve Meslek Hastalıkları Tespit Süreci*”, Savaş Kanbur (haz), Ankara: Güneş Yayıncılık, 2018, s.35; Tahsin Şimşek, “Meslek Hastalığında Yükümlülük Süresi”, *Sosyal Güvenlik Dünyası Dergisi*, 69, (2010), s.23; İsa Karakaş, *İş Kazası & Meslek Hastalığı İhtilafları ve Çözüm Yolları*, Ankara: Berikan Yayıncılık, 2012, s.65; Bülent Ferat İşçi, *Temel Kavramlar ve Meslek Hastalığının Tarihsel Gelişimi*, İstanbul: Oniki Levha Yayıncılık, 2017, s.21.

hastalığını, hastalığın ortaya çıkmasında ve ilerlemesinde çalışma ortamının diğer sebeplere göre daha önemli rol oynadığı hastalıklar olarak ifade etmiştir<sup>11</sup>. Sağlıklı yaşamla, çalışma şartları arasında doğrudan bir etkileşim bulunmaktadır<sup>12</sup>. Sağlıklı çalışma ortamı, küresel ve ulusal düzeyde ekonomik kalkınma için de çok önemlidir<sup>13</sup>.

Meslek hastalığının etkeni belli hastalıklar olup kendine özgü klinik bulguları vardır ve çoğu zaman meslekte çalışanlarda görülme sıklığı daha yüksek olduğundan meslekle hastalık arasında güçlü bir ilişki vardır<sup>14</sup>.

Uluslararası Çalışma Örgütü'nün 121 nolu Tavsiye Kararının<sup>15</sup> 6. maddesine göre ticarette, mesleklerde tehlikeli koşullara maruz kalması nedeniyle ortaya çıktığı bilinen tüm hastalıklar meslek hastalığı olarak kabul edilmektedir. Bir diğer ifadeyle; meslek hastalığı, iş kaynaklı tehlikeli etkenlerle karşılaşılmasıyla ortaya çıkan hastalıktır<sup>16</sup>.

Meslek hastalığı, 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanununun<sup>17</sup> 3. ve 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanununun<sup>18</sup> 14. maddesinde belirtildiği üzere sırasıyla mesleki risklere maruziyet, sigortalının çalıştığı veya yapılan işin niteliği gereği yinelenen sebep veya işin yürütülmesi koşullarına bağlı geçici veya sürekli hastalık ya da bedensel veya ruhsal engellilik halleridir. Öğretide işçinin tekrarlanan bir sebeple ve işyeri koşullarına bağlı olarak oluşan fiziksel ve ruhsal arıza biçimi olarak<sup>19</sup> ifade edilen meslek hastalığı, uluslararası

<sup>11</sup> Can Tuncay, Ömer Ekmekçi, *Sosyal Güvenlik Hukuku Dersleri*, İstanbul: Beta Yayıncılık, 2021, s.431; C. Şenay Keçeci, "2010-2016 Yılları Arasında Türkiye'de Beklenen ve Tespit Edilen Meslek Hastalıkları Sayılarının Karşılaştırılması", *Ankara Sağlık Hizmetleri Dergisi*, 18/2, (2020), s.52, 53. <https://dergipark.org.tr/tr/pub/ashd/issue/52234/579635>, (E.t 02.10.2022); Namık Hüseyinli ve Tayfur Süleyman Koç, "Avrupa Birliği ve Türk Hukukunda Meslek Hastalıklarının Kayıt Altına Alınmasına İlişkin Yasal Düzenlemeler", *Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi*, 15/58, (2018), s.453, 457; Münevver Merve Marmara Coşan, *Sosyal Güvenlik Sistemimizde İş Kazası ve Meslek Hastalığı Kavramı ve İşveren Hukuki Sorumluluğu* (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi) İstanbul Ticaret Üniversitesi, İstanbul, 2017, s.32. <https://acikbilim.yok.gov.tr/handle/20.500.12812/95884>, (E.t 22.09.2022).

<sup>12</sup> Murat Özveri, *İşçi Sağlığı, İş Güvenliği ve İş Cinayetleri*, İstanbul: Birleşik Metal-İş Yayıncılık, 2015, s.67.

<sup>13</sup> Miriama Pinosova, Miriam Andrejiova, Miroslav Badida and Marek Moravec, "Occupational Disease as the Bane of Workers" Lives: A Chronological Review of the Literature and Study of Its Development in Slovakia Part I, Arif Ahmad A. ve Paul Rajib Paul (ed) *International Journal of Environmental Research and Public Health*, 18/11 5910, (2021), s.1, 3. [https://www-ncbi-nlm-nih-gov.translate.goog/pmc/articles/PMC8197831/?\\_x\\_tr\\_sl=en&\\_x\\_tr\\_tl=tr&\\_x\\_tr\\_hl=tr&\\_x\\_tr\\_pto=sc](https://www-ncbi-nlm-nih-gov.translate.goog/pmc/articles/PMC8197831/?_x_tr_sl=en&_x_tr_tl=tr&_x_tr_hl=tr&_x_tr_pto=sc), (Date of Access 04.10.2022).

<sup>14</sup> Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı, *Meslek Hastalıkları ve İş ile İlgili Hastalıklar Tanı Rehberi*, s.9; Müjdat Şakar, *İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku*, İstanbul: Beta Yayıncılık, (2020), s.258.

<sup>15</sup> Tam metin için [https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=1000:12100:0::NO::P12100\\_INSTRUMENT\\_ID,P12100\\_LANG\\_CODE:312459,en:NO](https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=1000:12100:0::NO::P12100_INSTRUMENT_ID,P12100_LANG_CODE:312459,en:NO) (E.t 01.09.2022).

<sup>16</sup> International Labour Organization, "The Prevention of Occupational Diseases Report", 25.03.2013, [https://www.ilo.org/safework/info/WCMS\\_208226/lang--en/index.htm](https://www.ilo.org/safework/info/WCMS_208226/lang--en/index.htm), (Date of Access 02.09.2022), s.1, 4; Pinosova, Andrejiova, Badida ve Moravec, "Occupational Disease as the Bane of Workers", s.3.

<sup>17</sup> İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu, Kanun Numarası: 6331, Kabul Tarihi: 20.06.2012, RG 30.06.2012/28339.

<sup>18</sup> Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu Kanun No: 5510, Kanun Tarihi: 31.05.2006, RG 16.06.2006/26200.

<sup>19</sup> Mustafa Çenberci, *Sosyal Sigortalar Kanunu Şerhi*, Ankara: Olgaç Matbaası, 1885, s.123; Haluk Hadi Sümer, *İş Sağlığı ve Güvenliği Hukuku*, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2022, s.156; Ali Güzel, Ali Rıza Okur ve Nurşen Caniklioğlu, *Sosyal Güvenlik Hukuku*, İstanbul: Beta Yayıncılık, 2021, s.399; Refik Korkusuz ve Suat Uğur, *Sosyal Güvenlik Hukuku*, Bursa: Ekin Yayıncılık, 2022, s.272; Bünyamin Esen, "Türk Hukukunda İş Kazası ve Meslek Hastalığı Hallerinde İşverenin Hukuki Sorumluluğu", *Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi*, 9/36, (2012), s.191, 193; Mesut Balcı, *Sosyal Güvenlik Hukuku*, Ankara: Yetkin Yayıncılık, 2021, s.398.

belgelerde ve mevzuatımızda da benzer şekilde tanımlanır<sup>20</sup>. Bu tanımlar ışığında sosyal güvenlik açısından meslek hastalığı, sosyal risktir<sup>21</sup>.

## 2. Unsurları

Meslek hastalığının tanımında bir hastalığın meslek hastalığı olarak kabul edilmesini gerektirecek tüm unsurlar yer almaktadır. Unsurlardan herhangi birinin yokluğu halinde meslek hastalığından bahsetmek de mümkün olamayacaktır. Çalışanların yaptıkları işin yürütümü esnasında işle bağlantılı hastalığın ortaya çıkması halinde meslek hastalığından bahsetmek mümkündür<sup>22</sup>. Ancak işin yürütümü esnasında ortaya çıkan her hastalık, meslek hastalığı olarak kabul edilmemektedir.

Meslek hastalığının varlığından bahsedebilmek için sigortalı olunması, sigortalının bedenen ve ruhen zarara uğraması, bu durumun uzun süre çalışmadan veyahut yürütülen işten kaynaklanması ve belirli bir zaman dilimi içerisinde meydana gelmesi gerekmektedir.

### a. Sigortalı Olma

Hastalığın meslek hastalığı olarak tespiti için öncelikle 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu kapsamında sigortalı olmak gereklidir<sup>23</sup>. Sigortalı olmayan birinin maruz kaldığı hastalık, mesleki faaliyetinden kaynaklansa da meslek hastalığı olarak kabul edilmesi ve sosyal risk kapsamında korunması mümkün olamayacaktır<sup>24</sup>.

5510 sayılı Kanununun 3. maddesine göre sigortalı, "...kısa ve/veya uzun vadeli sigorta kolları bakımından adına prim ödenmesi gereken veya kendi adına prim ödemesi gereken kişiyi..." ifade etmektedir. Kanununun 14. maddesine göre meslek hastalığı sigortasından yararlanacaklar, aynı Kanununun 4. maddesinin birinci fıkrasının a ve b bentleri kapsamında sigortalı olmalıdır<sup>25</sup>. Aynı Kanununun 4/1-c maddesi gereği sigortalı olanların meslek hastalığı sigortasından yararlanması mümkün değildir<sup>26</sup>. 5510 sayılı Kanununun yürürlüğe girmesinden önce yalnızca 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu kapsamında olanlara meslek hastalığına bağlı yardımlar uygulanmaktayken, Kanunun yürürlüğe girmesiyle birlikte mülga Kanuna göre BAĞ-KUR sigortalısı olanlara, yani 4/1-b bendi kapsamında sigortalı olanlara da uygulanmaya başlanmıştır.

<sup>20</sup> İşçi, *Temel Kavramlar ve Meslek Hastalığının Tarihsel Gelişimi*, s.22.

<sup>21</sup> Tankut Centel, *Türk Sosyal Güvenlik Hukuku*, İstanbul, Oniki Levha Yayıncılık, 2021, s.221.

<sup>22</sup> Şimşek, "Meslek Hastalığında Yükümlülük Süresi", s.23.

<sup>23</sup> Volkan Güneş, *Türk Borçlar Kanunu ile İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu Çerçevesinde İşverenin İş Kazası ve Meslek Hastalığından Doğan Sorumluluğun Hukuki Niteliği*, İstanbul: Oniki Levha Yayıncılık, 2017, s.115; Narter, "Meslek Hastalıklarında Sorumluluklar ve Sigortasız Çalışanın Meslek Hastalığına Tutulması", s.23; Coşan, "Sosyal Güvenlik Sistemimizde İş Kazası ve Meslek Hastalığı Kavramı ve İşverenin Hukuki Sorumluluğu", s.34; Seda Arslan Durmuş, "COVID-19'un İş Kazası ve Meslek Hastalığı Bakımından Değerlendirilmesi", *İstanbul Hukuk Mecmuası*, 78/2, (2020), s.363, 384. <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/1351637>, (E.t 03.10.2022).

<sup>24</sup> Güzel, Okur ve Caniklioğlu, *Sosyal Güvenlik Hukuku*, s.400; Narter, "Meslek Hastalığında Kusur Tarihinin Belirlenmesi", s. 98.

<sup>25</sup> Korkusuz ve Uğur, *Sosyal Güvenlik Hukuku*, s.273; Olgaç ve Bulut, *İş Kazaları ve Meslek Hastalıkları Uygulamaları*, s.72.

<sup>26</sup> Şimşek, "Meslek Hastalığında Yükümlülük Süresi", s.24; Kanbur ve Arca, "İş Kazası ve Meslek Hastalıkları Tespit Süreci", s.37.



Mesleki faaliyetlerini yerine getirirken bedenen veya ruhen zarar gören, sosyal riske maruz kalan sigortalıların kapsamının genişletilmesiyle meslek hastalığı sigortasından yararlanmalarının sağlanması sosyal güvencenin kuvvetlendirilmesi bakımından yerindedir.

5510 Sayılı Kanun'un 5. maddesinde belirtilen bazı sigortalılar<sup>27</sup> ve aynı Kanunun ek-5/ ek-9 maddesi ile 2547 Sayılı Yüksek Öğretim Kanununun Ek-29. maddesi kapsamında olanlar meslek hastalığı sigortasından yararlanabileceklerdir<sup>28</sup>.

### b. Sigortalının Bedenen veya Ruhen Zarara Uğraması

Meslek hastalığı sigortasından yararlanabilmek için sigortalının bedenen veya ruhen bir zarara uğraması gereklidir<sup>29</sup>. Zarar, bir başka nedenin varlığından kaynaklanıyorsa meslek hastalığından bahsetmek mümkün olmayacaktır<sup>30</sup>.

5510 sayılı Kanunun 14. maddesinde meslek hastalığının geçici veya sürekli hastalık, bedensel veya ruhsal engellilik hali olduğu açıkça belirtilmiştir. Sigortalının bedenen veya ruhen zarara uğramasından bahsedilmiş, açıkça ölümden bahsedilmemiştir. Ancak aynı Kanunun 16. maddesinde meslek hastalığından yararlanan haklar içerisinde meslek hastalığına bağlı ölen sigortalı için cenaze ödeneğine de yer verilmesi sigortalının ölümü halinde meslek hastalığı sigortasından yararlandığını gösterdiğinden ölüm halinin de meslek hastalığı olarak kabulü gerekecektir<sup>31</sup>.

### c. Uzun Süre Çalışmadan veyahut Yürütülen İşten Kaynaklanması

Sigortalının geçici veya sürekli hastalığının meslek hastalığı olarak kabul edilebilmesi için bedensel veya ruhsal engellilik halinin uzun süre çalışmadan veyahut sigortalının yürüttüğü

<sup>27</sup> İş sözleşmesi ile çalışmamasına rağmen ceza infaz kurumları ile tutukvevleri içerisinde oluşturulan tesis, atölye ve benzeri ünitelerde çalıştırılan hükümlü ve tutuklular, 3308 sayılı Meslekî Eğitim Kanununda düzenlenen aday çırak, çırak ve işletmelerde meslekî eğitim gören öğrenciler, mesleki ve teknik ortaöğretim ile yükseköğrenimleri sırasında staja tabi tutulan öğrenciler, mesleki ve teknik ortaöğretim sırasında tamamlayıcı eğitim ya da alan eğitimi gören öğrenciler, kamu kurum ve kuruluşları tarafından desteklenen projelerde görevli bursiyerler, 2547 sayılı Yükseköğretim Kanununun 46. maddesine göre kısmi zamanlı çalıştırılan öğrencilerden aylık prime esas kazanç tutarı, 82. maddeye göre belirlenen günlük prime esas kazanç alt sınırının otuz katından fazla olmayanlar, harp malulleri ile 2330 sayılı Nakdi Tazminat ve Aylık Bağlanması Hakkında Kanuna veya 2330 sayılı Kanun hükümleri veya 5434 sayılı Kanunun 56. maddesi uygulanarak aylık bağlanmasını gerektiren kanunlara göre vazife malullüğü aylığı bağlanmış malullerden, aylıkları kesilmeksizin 4/1-a ve b kapsamında çalışanlar, Türkiye İş Kurumu tarafından düzenlenen meslek edindirme, geliştirme ve değiştirme eğitimine katılan kursiyerler, ülkemiz ile sosyal güvenlik sözleşmesi olmayan ülkelerde iş üstlenen işverenlerce yurt dışındaki işyerlerinde çalıştırılmak üzere götürülen Türk işçiler hakkında meslek hastalığı sigortası uygulanacaktır.

<sup>28</sup> 5510 sayılı Kanunun ek-5. maddesinde belirtilen tarım ve orman işlerinde iş sözleşmesiyle süresiz işlerde çalışan sigortalılar, ek 9. maddede ifade edilen ev hizmetlerinde çalışan sigortalılar ile 2547 Sayılı Yüksek Öğretim Kanununun Ek-29. maddesinde yer alan üniversitelerin tıp fakültelerinin beşinci yılını bitirip altıncı yıla geçmiş öğrenciler intörn olarak eğitim aldıkları dönemlerde meslek hastalığı sigortasından yararlanabilecektir, Kanbur ve Arca, "İş Kazası ve Meslek Hastalıkları Tespit Süreci", s.37.

<sup>29</sup> Şakar, *İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku*, s.258; Güneş, *Türk Borçlar Kanunu ile İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu Çerçevesinde İşverenin İş Kazası ve Meslek Hastalığından Doğan Sorumluluğunun Hukuki Niteliği*, s.116; Coşan, "Sosyal Güvenlik Sistemimizde İş Kazası ve Meslek Hastalığı Kavramı ve İşverenin Hukuki Sorumluluğu", s.36.

<sup>30</sup> Çenberci, *Sosyal Sigortalar Kanunu Şerhi*, s.124.

<sup>31</sup> Uşan, *Türk Sosyal Güvenlik Hukukunun Temel Esasları*, s.178; Narter, "Meslek Hastalığında Kusur Tarihinin Belirlenmesi", s.98.

işe bağlı ortaya çıkması gereklidir<sup>32</sup>. İşin niteliği çalışanın yaptığı görevle ilgili iken işin yürütüm şartları ise çalışma koşullarının özelliğinden kaynaklıdır<sup>33</sup>. Örneğin, döküm fabrikasında döküm işiyle uğraşan sigortalının işin yürütümü esnasında solunan tozun yoğunluğuna ve etkenin tekrarlılığına bağlı olarak pnömokonyoz hastalığı tanısı alması meslek hastalığıdır.

Sigortalının yaptığı iş ile bedenen veya ruhen uğradığı zarar arasında illiyet bağının da bulunması gereklidir<sup>34</sup>. İlliyet “birbirini izleyen olaylar arasındaki sebep-sonuç bağı”nı ifade etmektedir<sup>35</sup>. Yargıtay, önüne gelen bir uyuşmazlıkta, meslek hastalığı için tek başına hastalığın ya da bedensel veya ruhsal engellilik durumunun bulunmasının yeterli olmadığını, ortaya çıkan hastalığın yapılan işle uygun illiyet bağı içinde bulunması gerektiğini belirtmiştir<sup>36</sup>. Bir başka kararında ise işyerindeki çalışma koşulları belirlenerek sigortalının yaptığı işin özellikleri, yakalandığı meslek hastalığına yol açan etkenler ve buna göre meslek hastalığı ile davalı şirkete ait işyerindeki çalışma koşulları yönünden hastalığın oluşması ve ilerlemesi bakımından illiyet bağının var olup olmadığının belirlenmesi gerektiğini ifade etmiştir<sup>37</sup>.

#### d. Belirli Bir Zaman Dilimi İçerisinde Meydana Gelmesi

Meslek hastalığının belirli bir zaman dilimi içerisinde ve belirli bir zaman geçtikten sonra oluşması gereklidir<sup>38</sup>. Sigortalının hastalığa neden olan işlerde, hastalığın ortaya çıkmasına neden olabilecek süreyle çalışmış olması gerekmekte olup bu süreye maruziyet süresi denilmektedir<sup>39</sup>. Meslek hastalığı olarak belirlenmiş pnömokonyoz hastalığı ile ilgili olarak Yönetmeliğin<sup>40</sup> 20. maddesinde maruziyet süresi özel olarak düzenlenmiştir<sup>41</sup>.

<sup>32</sup> Tuncay ve Ekmekçi, *Sosyal Güvenlik Hukuku Dersleri*, s.433; Narter, “Meslek Hastalıklarında Sorumluluklar ve Sigortasız Çalışanın Meslek Hastalığına Tutulması”, s.24; Korkusuz ve Uğur, *Sosyal Güvenlik Hukuku*, s.273; Olgaç ve Bulut, *İş Kazaları ve Meslek Hastalıkları Uygulamaları*, s.71.

<sup>33</sup> Durmuş, “COVID-19’un İş Kazası ve Meslek Hastalığı Bakımından Değerlendirilmesi”, s.385.

<sup>34</sup> Ömer Ekmekçi, Ayşe Köme Akpulat ve Ayşe Ledün Akdeniz, *İş Sağlığı ve Güvenliği Hukuku*, İstanbul: Oniki Levha Yayıncılık, 2021, s.213; Çenberci, *Sosyal Sigortalar Kanunu Şerhi*, s.125; Ayşe Ledün Akdeniz, “İşverenin İş Kazası ve Meslek Hastalığından Doğan Zararlardan Sorumluluğunun Hukuki Niteliği”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 72/2, (2014), s.3, 4. <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/97911>, (E. t 30.09.2022); Korkusuz ve Uğur, *Sosyal Güvenlik Hukuku*, s.273, Güneş, *Türk Borçlar Kanunu ile İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu Çerçevesinde İşverenin İş Kazası ve Meslek Hastalığından Doğan Sorumluluğunun Hukuki Niteliği*, s.116; Narter, “Meslek Hastalıklarında Sorumluluklar ve Sigortasız Çalışanın Meslek Hastalığına Tutulması”, s.98.

<sup>35</sup> Sarper Süzek, *Sorumluluk Hukuku Açısından Uygun İlliyet Bağı Teorisi*, Ankara: Sevinç Yayıncılık, 1975, s.10.

<sup>36</sup> Yargıtay 10 HD, 6442/1587, 25.02.2020 (Sinerji); aynı yönde Yargıtay 10HD, 5447/9458, (07.06.2016), Balci, s.399 vd.

<sup>37</sup> Yargıtay 10 HD. 11954/2781, 03.03.2011 (Sinerji).

<sup>38</sup> Ekmekçi, Akpulat ve Akdeniz, *İş Sağlığı ve Güvenliği Hukuku*, s.214; Ayşe Ledün Akdeniz, *Meslek Hastalığı Kavramı Üzerine*, İstanbul: Beta Yayıncılık, 2015, s.75.

<sup>39</sup> Çiğdem Çağlayan, *İşyeri Temsilcileri ve İşçiler İçin Meslek Hastalıkları Rehberi*, İstanbul: Birleşik Metal İş Yayıncılık, 2015, s.34.

<sup>40</sup> Çalışma Gücü ve Meslekte Kazanma Gücü Kaybı Oranı Tespit İşlemleri Yönetmeliği, Kurum: Sosyal Güvenlik Kurumu, RG. 11.10.2008/27021.

<sup>41</sup> Çalışma Gücü ve Meslekte Kazanma Gücü Kaybı Oranı Tespit İşlemleri Yönetmeliği m. 20 “(1) Pnömkonyozun meslek hastalığı sayılabilmesi için, sigortalının, havasında pnömkonyoz yapacak yoğunluk ve nitelikte toz bulunan yeraltı veya yerüstü işyerlerinde toplam olarak en az üç yıl çalışmış olması şarttır. (2) Ancak, havasında yüksek yoğunlukta ve pnömkonyoz yapacak nitelikte toz bulunan yeraltı ve yerüstü işyerlerinde meydana gelmiş, klinik veya radyolojik bulgular ve laboratuvar muayeneleriyle süratli seyrettiği ve ağırlığı saptanmış olgularda Sosyal Sigorta Yüksek Sağlık Kurulunun kararı ile üç yıllık süre indirilebilir. (3) Pnömkonyoz değerlendirmeleri, ILO standartları dikkate alınarak yapılır.”



Sigortalının uzun süre çalışmasından veyahut sigortalının yürüttüğü işten kaynaklanan hastalığın, işin ifası sırasında veya işten ayrıldıktan sonra ortaya çıkması mümkündür<sup>42</sup>. Çalışanın maruziyetine bağlı olarak hastalığın belirtilerinin daha sonra ortaya çıkması durumunda meslek hastalığının tespiti de zorlaşacaktır<sup>43</sup>. Meslek hastalığına bağlı haklardan sigortalının yararlanabilmesi için işten fiilen ayrıldıktan sonra meslek hastalığının ortaya çıkması arasındaki yükümlülük süresinin de geçmemiş olması gereklidir<sup>44</sup>. Hastalığın oluşması için beklenilmesi gereken en uzun süre yükümlülük süresidir<sup>45</sup>. Yargıtay bir kararında hastalığı tespit eden rapor tarihinin değil, tıbbi bulgulara göre hastalığın ortaya çıktığı tarihin yükümlülük süresinin belirlenmesinde önemli olduğunu belirtmiştir<sup>46</sup>.

Hangi hastalıkların meslek hastalığı sayılacağı ve işten fiilen ayrıldıktan en geç ne kadar zaman sonra ortaya çıkması hâlinde sigortalının mesleğinden ileri geldiğinin kabul edileceği Yönetmelikte Ek-2 olarak yer verilen Meslek Hastalıkları Listesine göre tespit ve tayin edileceği Yönetmeliğin 17. maddesinde düzenlenmiştir<sup>47</sup>. Ekte yer alan listede yükümlülük süresi en az 2 gün, en fazla 25 yıl olarak belirtilmiştir. 5510 sayılı Kanun m.14'e göre herhangi bir meslek hastalığının klinik ve laboratuvar bulgularıyla kesinleşerek meslek hastalığına yol açan etkenin, işyeri incelemesiyle kanıtlanıp illiyet bağının var olduğunun tespiti durumunda, Meslek Hastalıkları Listesindeki yükümlülük süresi aşılmış olsa bile, söz konusu hastalık, Sosyal Sigorta Yüksek Sağlık Kurulu kararı ile meslek hastalığı sayılabilecektir<sup>48</sup>.

Sosyal güvenlik hukuku ilkelerine göre yükümlülük süresinden sonra ortaya çıkan meslek hastalığı ile sigortalının çalışması arasında illiyet bağının hekimin düzenleyeceği rapor ile belirlenmesi halinde meslek hastalığının kabulü hakkaniyet gereğidir<sup>49</sup>.

<sup>42</sup> Fatih Uşan ve Canan Erdoğan, *İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku*, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2022, s.387; Kanbur ve Arca, *“İş Kazası ve Meslek Hastalıkları Tespit Süreci”*, s.38.

<sup>43</sup> International Labour Organization, *“The Prevention of Occupational Diseases Report”*, s.8; Yusuf Alper, *Sosyal Sigortalar Hukuku*, Bursa: Dora Yayıncılık, 2020, s.243.

<sup>44</sup> Şimşek, *“Meslek Hastalığında Yükümlülük Süresi”*, s.23.

<sup>45</sup> Narter, *“Meslek Hastalıklarında Sorumluluklar ve Sigortasız Çalışanın Meslek Hastalığına Tutulması”*, s.25; Çalışma Gücü ve Meslekte Kazanma Gücü Kaybı Oranı Tespit İşlemleri Yönetmeliği m. 4'de yükümlülük süresi “Sigortalının meslek hastalığına sebep olan işinden fiilen ayrıldığı tarih ile meslek hastalığının meydana çıktığı tarih arasında geçen en uzun süreyi” ifade eder.

<sup>46</sup> Yargıtay 10 HD, 3355/10165 (03.07.2006) (Sinerji).

<sup>47</sup> Güneş, *Türk Borçlar Kanunu ile İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu Çerçevesinde İşverenin İş Kazası ve Meslek Hastalığından Doğan Sorumluluğunun Hukuki Niteliği*, s.119. Yargıtay “...sigortalının 1994 tarihinde göğsünde ağrı hissederek hastaneye gitmesi ile akciğerlerinden rahatsız olduğunun anlaşıldığı, İstanbul Meslek Hastalıkları Hastanesi'nin 08.08.2003 tarihli Sağlık Kurulu Raporu ile sigortalıya pnömokonyoz meslek hastalığı teşhisi konulduğu, Sosyal Sigortalar Yüksek Sağlık Kurulu'nun 13.10.2006 tarih 18/1807 sayılı kararı ile sigortalının yakalandığı meslek hastalığı nedeni ile sürekli iş göremezlik oranının %51 olduğunun tespit edildiği, yargılama sırasında alınan raporda Adli Tıp 3. İhtisas Kurulu'nun 15.05.2015 tarihli raporu ile sürekli iş göremezlik oranının E cetveline göre %60 olduğuna karar verildiği anlaşılmıştır. Anılan meslek hastalığı için yükümlülük süresi 10 yıldır. Bu nedenle, hastalık için öngörülen yükümlülük süresi ve yükümlülük süresi yönünden Sosyal Sigorta Yüksek Sağlık Kurulu karar ve onayı ile meslek hastalığının tespiti yönünden davalı Kurum tarafından yapılan işlemlere ilişkin bilgi ve belgeler getirilmeli, sigortalının davalı şirkete ait işyerinden ayrıldığı 21.03.1975 tarihindeki sürekli iş göremezlik derecesi belirlenmeli, davalı işverenin kusur oranı 32 yıl formülü olarak adlandırılan yöntem uyarınca saptanmalıdır...” Yargıtay 10 HD 2019/4234 13.05.2019 (Sinerji).

<sup>48</sup> Şakar, *İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku*, s. 259; Korkusuz ve Uğur, *Sosyal Güvenlik Hukuku*, s.273.

<sup>49</sup> Narter, *“Meslek Hastalığında Kusur Tarihinin Belirlenmesi”*, s.103.

## B. KURUMSAL YAPI

### 1. Genel Olarak

Sigortalıların meslek hastalıklarına karşı korunması için gerekli önlemlerin alınması, hem meslek hastalığına maruz kalacak sigortalıların hem işverenlerin hem de devletin yararına. Meslek hastalıklarına maruz kalan sigortalı, hastalığa maruz kalması nedeniyle oluşabilecek risklere karşı korunmuş olurken, işverenler sigortalıların uğradığı zararın tazmininden kurtulacak, devlet ise sosyal riske karşı sigortalıların haklarını finanse etmek durumunda kalmayacaktır<sup>50</sup>. Meslek hastalığının önlenememesi halinde ise yetişmiş iş gücünün kaybı nedeniyle üretimde verimlilik düşeceğinden ülke ekonomisi de olumsuz etkilenmiş olacaktır<sup>51</sup>.

Uluslararası Çalışma Örgütü'nün 155 sayılı Sözleşmesinin 11. maddesinde meslek hastalıklarının engellenmesi için gerekli önlemlerin alınması, kayıt ve bildirim sisteminin etkin hale getirilmesi, güçlendirilmesi gerektiği düzenlenmiştir<sup>52</sup>. Sözleşmeye göre farklı kurum ve kuruluşlar arasında gerekli koordinasyon sağlanarak alınacak önlemlerin düzenlenmesi, iş sağlığı ve güvenliği ile ilgili konuların eğitim ve öğretimin her kademesinde bulunması için gerekli çalışmalar yapılması gerekmektedir<sup>53</sup>. Meslek hastalıklarının önlemeye yönelik bazı iş ve işyerleri için Uluslararası Çalışma Örgütü'nün yaptığı sözleşmeler bulunmaktadır<sup>54</sup>.

<sup>50</sup> İlman, "Türkiye'de Meslek Hastalıkları", s.32; Odaman, "İş Sağlığı ve Güvenliği Açısından Tarafların Önemli Hak ve Yükümlülükleri ile Uluslararası Standart", s.881.

<sup>51</sup> Hasan Atilla Güngör, "İş Kazası ve Meslek Hastalıkları Nedeniyle İşverenlerin Sosyal Güvenlik Kurumu Karşısındaki Tazminat Sorumluluğuna İlişkin Anayasa Hukuku Açısından Bir Değerlendirme", *Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi*, 14/54, (2017), s.725, 728; Ertan İren, "İşçilerin İş Sağlığı ve Güvenliği Kurallarına Uyuma Yükümlülüğü ve İhlali Halinde Karşılaşacakları Müeyyideler", *Sicil İş Hukuku Dergisi*, 3, (2006), s.92.

<sup>52</sup> 90. ILO Konferansı İş Kazaları ve Meslek Hastalıkları Komitesi, *İş Sağlığı ve Güvenliği Dergisi* 6 (2002). <https://www.csgb.gov.tr/isggm/dergiler/06.pdf>, (E.t 22.09.2022).

<sup>53</sup> Uluslararası Çalışma Örgütü. "Önleyici Sağlık ve Güvenlik Kültürünün Oluşturulması, 1981 Tarihli ve 155 Sayılı İş Sağlığı ve Güvenliğine İlişkin Sözleşme, 2022 Tarihli Protokolü ve 2006 Tarihli ve 187 Sayılı İş Sağlığı ve Güvenliğini Geliştirme Çerçeve Sözleşmesi'ne Yönelik Kılavuz". [https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/-/ed\\_norm/---normes/documents/publication/wcms\\_450452.pdf](https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/-/ed_norm/---normes/documents/publication/wcms_450452.pdf), (E.t 28.09.2022), s.1, 8.

<sup>54</sup> 115 sayılı İşçilerin İyonlaştırıcı Radyasyonlara Karşı Korunması Hakkında Sözleşmesi, tam metin için [https://www.ilo.org/ankara/conventions-ratified-by-turkey/WCMS\\_377274/lang--tr/index.htm](https://www.ilo.org/ankara/conventions-ratified-by-turkey/WCMS_377274/lang--tr/index.htm), (E.t 18.09.2022), RG 25.7.1968/12959; 136 Sayılı Benzenin Yol Açtığı Zehirlenmelerden Korunma Hakkında Sözleşme, tam metin için [https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORM-LEXPUB:12100:0::NO:12100:P12100\\_ILO\\_CODE:C136](https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORM-LEXPUB:12100:0::NO:12100:P12100_ILO_CODE:C136), (E.t 01.10.2022). Bu sözleşme Türkiye tarafından onaylanmamıştır, ayrıntılı bilgi için İşçi, s.69; 167 sayılı İnşaat İşlerinde Güvenlik ve Sağlık Sözleşmesi, tam metin için [https://www.ilo.org/ankara/conventions-ratified-by-turkey/WCMS\\_377308/lang--tr/index.htm](https://www.ilo.org/ankara/conventions-ratified-by-turkey/WCMS_377308/lang--tr/index.htm), (E.t 18.09.2022), RG 06.02.2015/29259; 162 Sayılı Asbestin Güvenli Kullanımı Sözleşmesi, Tam metin için [https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORM-LEXPUB:12100:0::NO:12100:P12100\\_ILO\\_CODE:C162](https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORM-LEXPUB:12100:0::NO:12100:P12100_ILO_CODE:C162), (E.t 01.10.2022), Türkiye tarafından onaylanmamıştır, ayrıntılı bilgi için İşçi, *Temel Kavramlar ve Meslek Hastalığının Tarihsel Gelişimi*, s.76; 176 sayılı Madenlerde Güvenlik ve Sağlık Sözleşmesi, tam metin için [https://www.ilo.org/ankara/conventions-ratified-by-turkey/WCMS\\_377309/lang--tr/index.htm](https://www.ilo.org/ankara/conventions-ratified-by-turkey/WCMS_377309/lang--tr/index.htm), (E.t 20.09.2022), RG 12.12.2014/29203.

Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartı<sup>55</sup>, 1961 yılında Avrupa Konseyine üye devletlerin sosyal ve ekonomik alanlarda insan haklarına uymayı taahhüt ettikleri sözleşmedir<sup>56</sup>. Avrupa Sosyal Şartında sözleşmeye taraf devletlerin yükümlülükleri tek tek belirtilmiştir<sup>57</sup>.

Meslek hastalığını önlemeye yönelik işverenin, çalışanın ve devletin birtakım yükümlülükleri mevcuttur<sup>58</sup>. İşverenin çalışanları meslek hastalığına karşı koruması, işçiyi gözetme borcunun bir gereğidir<sup>59</sup>. Türk Borçlar Kanunu m.417/2'ye göre "...İşveren, işyerinde iş sağlığı ve güvenliğinin sağlanması için gerekli her türlü önlemi almak, araç ve gereçleri noksansız bulundurmak; işçiler de iş sağlığı ve güvenliği konusunda alınan her türlü önleme uymakla yükümlüdür...".

Genel itibariyle sosyal riskin gerçekleşmesinden sonra sigortalının yaşadığı sıkıntının giderilmesini tazmin edici bir yaklaşım içinde bulunan Türk hukuk sistemi, 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanununun yürürlüğe girmesiyle birlikte çalışanların iş sağlığı ve güvenliğinin sağlanması ve tehlikelere karşı korunmasında büyük gelişme göstermiştir<sup>60</sup>. İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu, Avrupa Birliğinin 89/391 sayılı Direktifi dikkate alınarak hazırlanmıştır<sup>61</sup>. Kanunun 4. maddesinde işverenin yükümlülükleri tek tek sıralanmıştır<sup>62</sup>. Emredici nitelikteki

<sup>55</sup> 02.04.1996 tarihli Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartı, Türkiye tarafından 27.06.2007 tarihinde onaylanarak 01.08.2007 tarihinde Türkiye'de yürürlüğe girmiştir, ayrıntılı bilgi için İmran Sarımsık ve Osmanbey Şahin, "Avrupa Sosyal Şartı", Fazlı Aydın (Haz.), Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı Yayını, s.25. <https://www.csgb.gov.tr/media/1318/avrupa-sosyal-sartı.pdf>, (E.t 01.09.2022); Tam metin için <https://www.anayasa.gov.tr/media/3680/avrupasosyalsarti.pdf>, (E.t 01.10.2022).

<sup>56</sup> Bülent Çiçekli, *Avrupa Sosyal Şartı Temel Rehber*, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2001, s.13.

<sup>57</sup> "Güvenli ve Sağlıklı Çalışma Hakkı" başlıklı 3. maddesi "Âkit Taraflar, işverenlerin ve çalışanların örgütlerine danışarak, güvenli ve sağlıklı çalışma koşullarına sahip olma hakkının etkili bir biçimde kullanılmasını sağlamak üzere; 1- İş güvenliği, iş sağlığı ve çalışma ortamı hakkında tutarlı bir ulusal politika oluşturmayı, uygulamayı ve bunu belli aralıklarla gözden geçirmeyi, bu politikanın temel hedefi, iş güvenliği ve iş sağlığını iyileştirmeyi ve özellikle çalışma ortamının doğasından kaynaklanan tehlike sebeplerini en aza indirmek yoluyla, çalışma alanlarında ortaya çıkan ya da bununla bağlantılı olan hastalıkları ve kazaları önlemeyi; 2- Güvenlik ve sağlık alanlarında yönetmelikler hazırlamayı; 3- Denetim yoluyla bu yönetmeliklerin uygulanmasını sağlamayı; 4- Tüm çalışanlar için, aslen koruma ve danışmanlık işlevlerine sahip iş sağlığı hizmetlerinin geliştirilmesini desteklemeyi; taahhüt ederler."

<sup>58</sup> İren, "İşçilerin İş Sağlığı ve Güvenliği Kurallarına Uyuma Yükümlülüğü ve İhlali Halinde Karşılaşacakları Müeyyideler", s. 92.

<sup>59</sup> Akkışla, "İş Kazası ve Meslek Hastalığı Sebebiyle İşverenin Yarışan Sorumluluğu", s.150; Akdeniz, "İşverenin İş Kazası ve Meslek Hastalığından Doğan Zararlardan Sorumluluğunun Hukuki Niteliği", s.4; Aslı Yılmaz ve Fatih Yılmaz, "Türkiye'de Kömür Madencilğinde Yaşanan İş Kazalarının Dünya Ülkeleri ile Karşılaştırılması", *Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi*, 11/43, (2014), s.21, 23; Lütfi İnciroğlu, "İş Kazası ve Meslek Hastalığı Nedeniyle Oluşan Zararda Hangi Hallerde İşverenin Tazminat Sorumluluğu Yoktur?", 2022. <https://legal.com.tr/blog/genel/is-kazasi-veya-meslek-hastaligi-nedeniyle-olusan-zararda-hangi-hallerde-isverenin-tazminat-sorumluluğu-yoktur/>, (E.t 29.09.2022); Güngör, "İş Kazası ve Meslek Hastalıkları Nedeniyle İşverenlerin Sosyal Güvenlik Kurumu Karşısındaki Tazminat Sorumluluğuna İlişkin Anayasa Hukuku Açısından Bir Değerlendirme", s.736; Gaye Burcu Seratlı, "4857 Sayılı İş Kanunu'na Göre İş Sağlığı ve Güvenliği", *Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi*, 2/7, (2005), s.1130.

<sup>60</sup> Mehmet Öçal ve Özal Çiçek, "Türkiye ve Avrupa Birliği'nde İş Kazası Verilerinin Karşılaştırmalı Analizi", *Emek ve Toplum Dergisi*, 6/16, (2017), s.616, 622. <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/393187>, (E.t 03.10.2022); Ahmet Melik Şener, "İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu'na Göre İşverenin Sorumluluğu", *Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi*, 11/42, (2014), s.113, 114.

<sup>61</sup> Esen, "Türk Hukukunda İş Kazası ve Meslek Hastalığı Hallerinde İşverenin Hukuki Sorumluluğu", s.85, 87.

<sup>62</sup> 6331 sayılı İSGK. m.4/1-a "Mesleki risklerin önlenmesi, eğitim ve bilgi verilmesi dâhil her türlü tedbirin alınması, organizasyonun yapılması, gerekli araç ve gereçlerin sağlanması, sağlık ve güvenlik tedbirlerinin değişen şartlara uygun hale getirilmesi ve mevcut durumun iyileştirilmesi için çalışmalar yapar."

bu düzenlemelere işveren uygun hareket etmekle ve gerekli önlemleri almakla yükümlüken çalışanların da bu önlemlere uyması önem arz etmektedir<sup>63</sup>. Çalışmamızda yalnızca meslek hastalıklarının önlemeye yönelik devletin yükümlülükleri ele alınacaktır.

Meslek hastalıklarına karşı çalışanların korunması devletin görevidir<sup>64</sup>. Sosyal devlet olmanın önemli bir gereği de çalışanların meslek hastalıklarına karşı korunmasıdır<sup>65</sup>. Anayasanın 50. maddesinde “*Kimse, yaşına, cinsiyetine ve gücüne uymayan işlerde çalıştırılmaz. Küçükler ve kadınlar ile bedeni ve ruhi yetersizliği olanlar çalışma şartları bakımından özel olarak korunurlar. Dinlenmek, çalışanların hakkıdır...*”, 56. maddesinde “*...Herkes, sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkına sahiptir...*”, 60. maddesinde ise “*...Herkes, sosyal güvenlik hakkına sahiptir. Devlet, bu güvenliği sağlayacak gerekli tedbirleri alır ve teşkilatı kurar...*” hükümleriyle devletin, iş sağlığı ve güvenliğinin sağlanması için her türlü önlemleri alması, gerekli teşkilatlanmayı sağlaması ve çalışanların sağlığını güvence altına alması gerektiği açıkça ifade edilmiştir.

Ülkemizde kişilerin sağlıklı bir ortamda çalışmaları için birçok kanunda farklı düzenlemeler mevcuttur. Ancak temel hükümler, 6331 sayılı Kanunda yer almaktadır<sup>66</sup>. Bu Kanun, uluslararası sözleşmeler ışığında tüm çalışanların çalışma koşullarının iyileşmesini, sosyal taraflarla işbirliği içerisinde önleme ve korumayı amaçlayan, insanı odak noktası olarak alan ve risk temelli hareket eden bir kanundur<sup>67</sup>.

İş sağlığı ve güvenliği önlemlerinin alınması için güncel koşullara uygun durumları tespit edecek, mevzuat hükümlerini zamanında uygulayacak, denetleyecek ve uyulmaması halinde yaptırım uygulayacak kurumsal bir yapının bulunması da Devletin yükümlülükleri arasındadır<sup>68</sup>. 6331 sayılı Kanuna göre uygulanan idari para cezaları, reel değerlerinin korunması ve caydırıcılığın olması açısından 5326 sayılı Kabahatler Kanununun 17. maddesi gereği her takvim yılının başında Maliye Bakanlığı tarafından yeniden değerlendirme oranında artırılmaktadır<sup>69</sup>.

## 2. Ulusal İş Sağlığı ve Güvenliği Konseyi

Ulusal İş Sağlığı ve Güvenliği Konseyinin kuruluş nedeni, 6331 sayılı Kanunda ülke genelinde iş sağlığı ve güvenliği ile ilgili politika ve stratejilerin belirlenmesi için tavsiyelerde bulunmak olarak ifade edilmiştir (m.21). Konseyin oluşumu ve görevleri ile ilgili Kanunda bir düzenleme yoktur. Konseyin kuruluş amacını, oluşumunu, görevlerini ve çalışma usul ve

<sup>63</sup> Narter, “*Meslek Hastalığında Kusur Tarihinin Belirlenmesi*”, s.94.

<sup>64</sup> Anayasa m.2 “Türkiye Cumhuriyeti...sosyal bir hukuk devletidir.”

<sup>65</sup> Sümer, *İş Sağlığı ve Güvenliği Hukuku*, s.25.

<sup>66</sup> 6331 sayılı İSGK. m.1 “Bu Kanunun amacı; işyerlerinde iş sağlığı ve güvenliğinin sağlanması ve mevcut sağlık ve güvenlik şartlarının iyileştirilmesi için işveren ve çalışanların görev, yetki, sorumluluk, hak ve yükümlülüklerini düzenlemektir”.

<sup>67</sup> Mahmut Kabakçı “İş Sağlığı ve Güvenliğinin Hukuk Sistemindeki Yeri”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 86, (2009), s.249, 259 vd. <http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2010-86-583>, (E.t 02.10.2022); Ilıman, “*Türkiye’de Meslek Hastalıkları*”, s.27.

<sup>68</sup> Şener, “*İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu’na Göre İşverenin Sorumluluğu*”, s.131.

<sup>69</sup> Bünyamin Esen, “6331 Sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu Gereğince Verilen İdari Para Cezalarına İtiraz ve Dava Yolları”, *Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi*, 12/45, (2015), s.87.

esaslarını belirlemek için Ulusal İş Sağlığı ve Güvenliği Konseyi Yönetmeliği çıkarılmıştır<sup>70</sup>. Yönetmelik, İş Sağlığı ve Güvenliği ve Çalışma Ortamına İlişkin 155 Sayılı Sözleşmeye<sup>71</sup> dayanılarak hazırlanmıştır.

Konsey, çalışmalarında ulusal ve uluslararası gelişmeleri, ülke koşullarını dikkate alarak iş sağlığı ve güvenliği ile ilgili iyileştirmelerin yapılabilmesi, güvenlik kültürünün ülkenin geneline yayılması için üyelerin işbirliği içerisinde çalışmasını esas alacaktır. Bu çalışma esnasında tarafların görüş ve düşüncelerinin alınması sağlanacaktır (Yönetmelik m.5). Meslek hastalıklarının önlenmesi için doğru ve etkin stratejilerin belirlenmesi, ancak tüm sosyal tarafların katılımı ve uygulayıcıların önerilerde bulunabileceği bir platform ile mümkündür<sup>72</sup>.

Konseyin görevleri, Yönetmeliğin 6. maddesinde tek tek belirtilmiştir. Buna göre;

- a) Ulusal iş sağlığı ve güvenliği politika ve stratejileri için öneriler geliştirmek ve alınan kararların kurumlarda uygulanmasını tavsiye etmek,
- b) İş sağlığı ve güvenliği konusundaki ihtiyaç ve öncelikleri dikkate alarak Ulusal İş Sağlığı ve Güvenliği Politika Belgesi, hedefler ve eylem planının belirlenmesi için öneriler geliştirmek,
- c) Çalışanların ve işverenlerin iş sağlığı ve güvenliği ile ilgili konularda eğitimleri, bilgilendirilmeleri, bilinçlendirilmeleri ile iş sağlığı ve güvenliği kültürünün oluşturulması konusunda görüş bildirmek,
- ç) İş sağlığı ve güvenliği konularında araştırma ve geliştirmeye yönelik projeler önermek,
- d) Ülke çapında yapılacak iş sağlığı ve güvenliği alanındaki seminer, konferans gibi faaliyetleri yıllık olarak planlamak ve değerlendirmek,
- e) Gerekli görülmesi durumunda çalışma grupları kurmak ve üyelerini belirlemek,
- f) İş sağlığı ve güvenliği konusunda toplum ve çalışan yararını gözeterek, Bakanlık ve diğer kurumlar arası koordinasyon, bilgi paylaşımı ve işbirliğine katkı sağlamak,
- g) İş sağlığı ve güvenliğinin izleme ve inceleme çalışmalarında bulunmak,
- ğ) Konsey üyelerinin temsil ettikleri kurum ve kuruluşlarda, Konsey toplantılarında alınan her türlü karar ve düzenlemenin ve iş sağlığı ve güvenliği mevzuatının uygulanmasını izlemek, görüş ve önerilerde bulunmak,
- h) Her yıl Mart ayı sonuna kadar, politika belgesi ve eylem planı kapsamında bir önceki yıla ait kurum faaliyet raporunu Konsey sekreteriyasına iletmek... Konseyin görevleridir.

Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı, 2006-2008 Ulusal İş Sağlığı ve Güvenliği Politika Belgesinde ulusal iş sağlığı ve güvenliği politikalarını, uygulamalarını belirleyen kurumlar arasındaki iletişimin gelişmesini, iş sağlığı ve güvenliği faaliyetlerine doğrudan veya dolaylı yoldan katılan, planlama ve organizasyon ile ilgili birbirini tamamlayan, katkı ve destek sağlayan bir yapının oluşturulmasını ve bu hususta mevzuat üreterek, mevzuatının etkin şekilde

<sup>70</sup> Ulusal İş Sağlığı ve Güvenliği Konseyi Yönetmeliği, Kurum: Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı, Kabul Tarihi: 05.02.2013, RG 05.02.2013/28550.

<sup>71</sup> Tam metin için [https://www.ilo.org/ankara/conventions-ratified-by-turkey/WCMS\\_377299/lang--tr/index.htm](https://www.ilo.org/ankara/conventions-ratified-by-turkey/WCMS_377299/lang--tr/index.htm), (E.t 17.09.2022), RG 13.01.2004/25345.

<sup>72</sup> Sümer, *İş Sağlığı ve Güvenliği Hukuku*, s.34.

uygulanmasını, farklı uygulamaların ortadan kaldırılmasını, yeknesaklık sağlanmasını denetlemeye yönelik çalışmalar yürütmeyi amaçlamıştır<sup>73</sup>.

### 3. Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı

Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığının asli görevi, çalışma ortamını düzenlemek ve denetlemek, işgücü piyasasının yapısal sorunlarını çözerek büyümenin istihdama katkısını artırmak, sosyal güvenliği yaygınlaştıracak tedbirler almak, iş sağlığı ve güvenliği kültürünü geliştirerek tüm çalışanlar için sağlıklı ve güvenli çalışma ortamı oluşturmaktır<sup>74</sup>. Bu görevi yerine getirirken bağlı veya ilgili Kurumlar, Bakanlığa destek sağlamaktadır.

#### a. İş Sağlığı ve Güvenliği Genel Müdürlüğü

İş Sağlığı ve Güvenliği Genel Müdürlüğü'nün görevi:

- a) İş sağlığı ve güvenliği ile iş kazaları ve meslek hastalıklarının önlenmesi konularında inceleme ve araştırma çalışmalarını planlamak, programlamak ve uygulanmasını sağlamak,
- b) Üretilen ve ithal edilen kişisel koruyucu donanımların piyasa gözetimi ve denetimini yapmak, bu hususlarda usul ve esasları belirlemek,
- c) İşyerindeki sağlık ve güvenlik risklerini önlemek ve koruyucu hizmetleri yürütmek üzere görevlendirilecek işyeri hekimleri, iş güvenliği uzmanları ve diğer görevlilerin iş sağlığı ve güvenliği ile ilgili eğitim ve belgelendirme usul ve esaslarını belirlemek,
- ç) Mesleki eğitim görenler, rehabilite edilenler, özel risk grupları ve kamu hizmetlerinde çalışanlar da dâhil olmak üzere tüm çalışanların iş kazaları ve meslek hastalıklarına karşı korunmaları amacıyla gerekli çalışmaları yaparak tedbirlerin alınmasını sağlamak,
- d) İş Sağlığı ve Güvenliği Araştırma ve Geliştirme Enstitüsü Başkanlığı ile İş Sağlığı ve Güvenliği Araştırma ve Geliştirme Enstitüsü bölge laboratuvar müdürlüklerinin çalışma usul ve esaslarını düzenlemek, bunları yönetmek ve denetlemek,
- e) İş sağlığı ve güvenliği alanında ölçüm, analiz, teknik kontrol, risk analizi ve değerlendirmesi, eğitim, danışmanlık, uzmanlık hizmetlerini yapmak ve bu tür hizmetleri verecek özel ve tüzel kişi ve kuruluşların niteliklerini belirlemek, yetki vermek, yetkilerini iptal etmek, kontrol ve denetimini sağlamak,
- f) İşyeri hekimi, iş güvenliği uzmanı, diğer teknik ve sağlık personel ile işçilere eğitim vermek için kamu kurum ve kuruluşları, üniversiteler ve 13/1/2011 tarihli ve 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu hükümlerine göre faaliyet gösteren şirketler ile ortak sağlık ve güvenlik birimlerini yetkilendirmek, gerektiğinde yetkilerini iptal etmek, hizmetin etkin ve verimli bir şekilde verilir ve verilmemesinin kontrol ve denetimini sağlamak, işyeri hekimi ve iş güvenliği uzmanının eğitimleri sonundaki sınavları yapmak veya yaptırmak, belgelerini vermek,
- g) Ulusal ve uluslararası kurum ve kuruluşlarla işbirliği ve koordinasyonu sağlamak,
- ğ) Standart çalışmaları yapmak, normlar hazırlamak ve geliştirmek,
- h) Faaliyet konuları ile ilgili yayın ve dokümantasyon çalışmaları yapmak ve istatistikleri düzenlemek,
- ı) Bakan tarafından verilen diğer görevleri yapmaktır<sup>75</sup>.

<sup>73</sup> Bayram, "Çalışma Yaşamında Ön Plana Çıkan İş Sağlığı ve Güvenliği Problemleri", s.83.

<sup>74</sup> <https://www.csgb.gov.tr/bakanlik/hakkinda/misyon-ve-vizyonumuz>, (E.t 15.09.2022).

<sup>75</sup> <https://www.csgb.gov.tr/isggm/genel-mudurluk/kurulus-ve-gorevlerimiz/>, (E.t 16.09.2022); Narter, "Meslek Hastalıklarında Sorumluluklar ve Sigortasız Çalışanın Meslek Hastalığına Tutulması", s.31.



## b. Rehberlik ve Teftiş Başkanlığı

Sosyal Güvenlik Kurumu Rehberlik ve Teftiş Başkanlığının kuruluş, görev, yetki ve sorumlulukları ile çalışma usul ve esasları Yönetmelikle düzenlenmiştir<sup>76</sup>. Başkanlığın görevi Yönetmeliğin 7. maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre;

sosyal güvenliğe ilişkin hükümleri uygulamak; usulsüzlükleri önleyici, eğitici ve rehberlik yaklaşımını ön plana çıkaran bir anlayışla denetlemek, kayıtdışı istihdamı önlemek, sosyal sigorta suiistimalleri ile mücadelede sektörel analizlere dayalı denetimleri yürütmek ve bu konularda alınması gerekli tedbirleri önermek, denetlenecek sektörleri her yıl için belirlenecek risk değerlendirme kriterlerine göre sınıflandırmak suretiyle riskli sektörlerin denetimine öncelik vermek, görevleriyle ilgili her türlü kayıt ve belgeleri incelemek, ilgililerden bilgi istemek ve toplamak, sigortalıların ve genel sağlık sigortalılarının Sosyal Güvenlik mevzuatı kapsamındaki işlemleri ile ilgili olarak tüm kurum ve kuruluşlarda denetim, inceleme ve soruşturma yapmak, meslek hastalığı incelemelerinde sorumluların tespitine yönelik olarak işyerlerinde iş sağlığı ve güvenliğine aykırı durumları tespit etmek, yıl boyunca müfettişler tarafından düzenlenen raporların sonuçlarını değerlendirmek, raporlar hakkında istatistikî bilgiler ile birlikte uygulamadaki sorunlara ve yapılması gereken yasal değişikliklere ilişkin öneriler sunmak, Kurumun merkez ve taşra teşkilâtı ile personelinin idarî, mali ve hukukî işlemleri hakkında teftiş, inceleme ve soruşturma yapmak, sosyal güvenlik mevzuatının verdiği yetkiye dayanılarak Kurumla sözleşme yapmış gerçek ve tüzel kişiler hakkında inceleme ve soruşturma yapmak, müfettişler tarafından yapılacak denetimlere ilişkin, yöntem ve teknikleri geliştirmek, standart ve ilkelerin oluşturulmasını sağlamak, denetim rehberleri hazırlamak, denetimlerin etkinliğini ve verimliliğini artırıcı tedbirleri almak, bu konuda görüş ve öneriler sunmak, Kurum hizmetlerinin geliştirilip etkinleştirilmesini, verimlilik ve kalitesinin artırılmasını, Kurumun mevzuat, plan, program ve projelere uygun olarak çalışmasını, aksaklıkların tespiti halinde yeni düzenlemeler yapılmasını sağlamak amacıyla inceleme ve araştırmalar yaparak gerekli görüş ve önerileri hazırlayıp Başkana sunmaktır.

Meslek hastalıklarının denetimi, Yönetmelik kapsamında Başkanlık tarafından yürütülmektedir<sup>77</sup>.

## c. İş Sağlığı ve Güvenliği Araştırma ve Geliştirme Enstitüsü Başkanlığı

İş Sağlığı ve Güvenliği Araştırma ve Geliştirme Enstitüsü Başkanlığı, çalışma koşullarını iyileştirmek suretiyle iş sağlığı ve güvenliğini sağlamak için kurulmuştur. Yönetmeliğin<sup>78</sup> 4. maddesinde Başkanlığın görevleri;

İş kazaları ve meslek hastalıklarının önlenmesi konularında milli ve milletlerarası düzeyde faaliyette bulunmak, işe bağlı tehlikelerin olumsuz etkilerini önlemek veya işe bağlı tehlikeler önlenemiyor ise en aza indirmek amacıyla araştırmalar yapmak ve çalışanların fiziki bütünlüklerini ve sağlıklarını koruyucu tedbirler geliştirmek, çalışma ortamı ve üretim süreçlerinin çalışanların özel durumları ve yeteneklerine uygun duruma getirilmesi amacıyla çalışmalar yürütmek, işyerlerine yönelik ortam ölçüm, analiz, test ve risk değerlendirmesi çalışmaları yapmak, faaliyet alanında eğitim faaliyetleri düzenlemek, mevzuat, standart ve normların hazırlanması ve geliştirilmesi amacıyla araştırma yaparak öneriler geliştirmek, sektörel düzeyde projeler geliştirmek ve rehberler hazırlamak, toplum düzeyinde güvenlik kültürünün yaygınlaştırılması amacıyla yapılacak çalışmalar kapsamında seminer, konferans, toplantılar düzenlemek, afiş, broşür, kitap, kısa film, kamu spotları gibi yazılı ve görüntülü yayın çalışmaları yapmak, faaliyet alanları ile ilgili istatistikî verileri toplamak, düzenlemek ve ilgili kurum ve kuruluşların bu bilgileri

<sup>76</sup> Sosyal Güvenlik Kurumu Rehberlik ve Teftiş Başkanlığı Yönetmeliği, Kurum: Sosyal Güvenlik Kurumu, RG 10.08.2007/26609.

<sup>77</sup> Kanbur ve Arca, "İş Kazası ve Meslek Hastalıkları Tespit Süreci", s.73.

<sup>78</sup> İş Sağlığı ve Güvenliği Araştırma ve Geliştirme Enstitüsü Başkanlığı Görev, Yetki ve Sorumlulukları Hakkında Yönetmelik, Kurum: Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı, Kabul Tarihi: 15.07.2015, RG 15.07.2015/29417.

kullanabilmesi amacıyla gerekli altyapıyı hazırlamak, strateji, hedef ve faaliyetlerin belirlenmesi için gerekli çalışmaları yapmak ve gerçekleşmesini izlemek

olarak düzenlenmiştir.

#### 4. Çalışma ve Sosyal Güvenlik Eğitim ve Araştırma Merkezi

Çalışma ve Sosyal Güvenlik Eğitim ve Araştırma Merkezi (ÇASGEM), Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı ve Bakanlığa bağlı kuruluşlarının özel veya kamu sektörü ayrımı yapılmaksızın işçi, işveren ve yönetici olan tüm personellerine eğitim hizmeti vermektedir<sup>79</sup>.

Çalışma ve Sosyal Güvenlik Eğitim ve Araştırma Merkezi, Türkiye'de güvenli bir çalışma ortamı sağlamayı, meslek hastalıklarını en aza indirmeyi, çalışanlara ve işverenlere sosyal güvenlik hakkında iş hukuku açısından hak ve yükümlülüklerini öğretmek, iş barışını sağlamayı, böylece ulusal ekonomiye ve kalkınmaya destek vermeyi amaçlayan bir kurumdur<sup>80</sup>.

#### C. DENETİM SÜRECİ

İş sağlığı ve güvenliğinin sağlanması Devletin asli görevlerinden olup bu hakkın korunması hukuk kurallarının uygulanıp uygulanmadığının denetimi ile mümkündür<sup>81</sup>. Ülkemizde oluşturulan kurumsal yapı içerisinde iş sağlığı ve güvenliğinin sağlanıp sağlanmadığını kontrol edecek denetim mekanizmaları mevcuttur.<sup>82</sup> Denetimlerin etkin şekilde yapılması, işverenin de yükümlülüklerini yerine getirmesine olumlu katkı sağlayacaktır.

Uluslararası belgelerde iş sağlığı ve güvenliğine ilişkin denetimlerin yerine getirilmesi gerektiği vurgulanmıştır. 81 sayılı İş Teftiş Sözleşmesi<sup>83</sup>, çalışma şartlarına ve işçilerin çalıştıkları esnada korunmalarına yönelik mevzuattaki düzenlemelerin iş müfettişlerinin görevli oldukları bütün işyerleri hakkında uygulanması gerektiğini düzenlemiştir (m.2). Sanayi işyerlerinde bulunması gerekli teftiş sistemi, çalışma sürelerini, iş güvenliğini, işçilerin sağlığı ve huzurunu, işçilerin çalıştıkları sırada korunmalarına ilişkin kanun hükümlerinin uygulanmasını sağlamak, işçi ve işverenlere kanunlara uygun hareket etmeleri yönünde tavsiyelerde bulunmak, uymamaları durumunda kusur ve suiistimallerini yetkili makamlara aktarmakla görevlidir (m.3). Bu sözleşmeye taraf ülkeler, çalışma hayatının denetimine yönelik teftiş sistemi kurmak zorundadır<sup>84</sup>. Önleyici nitelikteki hukuk kuralları ancak uygulanması halinde amacına ulaşır<sup>85</sup>.

<sup>79</sup> Baloğlu, *Avrupa Birliği ve Türkiye'de İş Sağlığı ve Güvenliği*, s.89; Fatih Yılmaz, *Avrupa Birliği ve Türkiye'de İş Sağlığı ve Güvenliği Kurallarının Etkinlik Düzeyinin Ölçülmesi* (Yayımlanmamış Doktora Tezi), İstanbul Üniversitesi, İstanbul, 2019, s.96. <http://nek.istanbul.edu.tr:4444/ekos/TEZ/44532.pdf>, (E.t 05.05.2023),

<sup>80</sup> <https://www.casgem.gov.tr/tr/misyon-vizyon>, (E.t 16.09.2022).

<sup>81</sup> Fuat Bayram, *İş Güvenliği Hukukunda Denetim*, İstanbul: Beta Yayıncılık, 2009, s.7; Doğukan Eker, *İş Sağlığı ve Güvenliğinde Kamusal Yaptırımlar*, İstanbul: Oniki Levha Yayıncılık, 2021, s.63 vd.

<sup>82</sup> Şener, "İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu'na Göre İşverenin Sorumluluğu", s.131.

<sup>83</sup> Tam metin için [https://www.ilo.org/ankara/conventions-ratified-by-turkey/WCMS\\_377260/lang--tr/index.htm](https://www.ilo.org/ankara/conventions-ratified-by-turkey/WCMS_377260/lang--tr/index.htm), (E.t 17.09.2022).

<sup>84</sup> Baloğlu, *Avrupa Birliği ve Türkiye'de İş Sağlığı ve Güvenliği*, s.91.

<sup>85</sup> Ayrıntılı bilgi için Fuat Bayram, *İş Güvenliği Hukukunda Denetim*, s.23.



Avrupa Birliği Yönergesinde<sup>86</sup> meslek hastalıklarının ortaya çıkma sıklığının halen oldukça yüksek olduğu belirtilerek çalışanların sağlıklarının korunması ve güvenliklerinin sağlanması için mesleki tehlikelerin önlenmesi, kaza ve tehlike faktörleri, bilgilendirme, danışma, yönetime katılma, işçi ve temsilcilerinin eğitimi konusunda genel prensipleri içerecek şekilde önlemlerin alınması amaçlanmıştır (m.1). Önlem ise 4. maddede mesleki tehlikeleri azaltmak veya önlemek için işin her safhasında alınan veya planlanan tüm tedbirler olarak tanımlanmıştır. Üye ülkeler, Direktifin uygulanmasında yasal hükümlere uygun önlemlerin alınıp alınmadığını tespit etmek için yeterli kontrol ve teftiş sistemini kuracaklardır (m.4).

155 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği ve Çalışma Ortamına İlişkin Sözleşmenin<sup>87</sup> 9. maddesinde iş sağlığı ve güvenliğine ve çalışma ortamına ilişkin mevzuat hükümlerine uygun şekilde denetim sisteminin kurulması ve mevzuat hükümlerine aykırı hareket edilmesi halinde cezaların öngörülmesi gerektiği belirtilmiştir.

5510 sayılı Kanunun 59. maddesinde Sosyal Güvenlik Kurumunun denetim ve kontrol yetkisi düzenlenmiştir. Maddeye göre bu Kanunun uygulanmasına ilişkin işlemlerin denetimi, Kurumun denetim ve kontrol ile görevlendirilmiş olan memurları ile yürütülür.

Yönetmeliğin<sup>88</sup> 8. maddesinde İş Teftiş Kurulunun görevleri:

- a) Çalışma hayatı ile ilgili mevzuat çerçevesinde programlı veya program dışı teftiş, inceleme ve soruşturma yapmak.
- b) 4447 sayılı İşsizlik Sigortası Kanunu ile 4904 sayılı Türkiye İş Kurumu Kanunu uyarınca işyerlerinde inceleme yapmak, iş ve işlemleri teftiş etmek.
- c) Kayıtdışı istihdamla mücadele etmek, bu amaçla sektörel analizlere dayalı denetimleri yürütmek ve bu konularda alınması gerekli tedbirleri önermek.
- ç) Kayıtdışılık ile ilgili tespit yapılması halinde ilgili kurumlara gereği için bildirimde bulunmak.
- d) Müfettişlerin iş teftişi ile ilgili faaliyet ve işlemleri hakkında teftiş, inceleme ve soruşturmaları yürütmek.
- e) Bakanın emri veya onayı üzerine Bakanlık merkez, taşra ve yurtdışı teşkilatı ile bağlı ve ilgili kuruluşların her türlü hesap, faaliyet ve işlemlerinin, ilgili mevzuat çerçevesinde uygulanması ile buralardaki amir, memur ve diğer görevlilerin görevleri ile hal ve hareketlerinin incelenmesini, teftişini, soruşturmasını ve ön incelemesini yapmak.
- f) Özel kanunlarla verilen teftiş, denetim, soruşturma ve diğer görevleri yürütmek.
- g) Çalışma hayatı ile ilgili mevzuatın uygulanmasını izlemek.
- ğ) Çalışma şartları, çalışma ortamı, çalışma ilişkileri, iş kazaları ve meslek hastalıkları, kayıtdışılık, iş sağlığı ve güvenliğine yönelik ihlaller ve benzeri risk kriterlerine dayanarak işyerleri ve sektörler düzeyinde analizler yapmak; müfettiş sayısı ve Kurulun diğer kaynakları göz önünde bulundurularak denetlenecek

<sup>86</sup> İşte Çalışanların Sağlık ve Güvenliklerini İyileştirmeye Yönelik Tedbirler Alınmasına İlişkin 12.06.1989 Tarihli 89/391 Sayılı Konsey Direktifi, tam metin için [https://www.isguvenligi.net/wp-content/uploads/ab\\_isig\\_direktifi.pdf](https://www.isguvenligi.net/wp-content/uploads/ab_isig_direktifi.pdf), (E.t 19.09.2022).

<sup>87</sup> Tam metin için bakınız dipnot 71.

<sup>88</sup> Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı İş Teftiş Kurulu Yönetmeliği, Kurum: Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı, Kabul Tarihi 31.10.2012, RG:31.10.2012/28453; tam metin için <https://www.mevzuat.gov.tr/File/GeneratePdf?mevzuatNo=16724&mevzuatTur=KurumVeKurulusYonetmeligi&mevzuatTertip=5>, (E.t 08.02.2023).

sektörleri her yıl için belirlenecek esaslara göre sınıflandırmak suretiyle riskli sektörlerdeki işyerlerinin denetimine öncelik vermek.

h) Çalışma hayatının denetimi ve raporlanmasına ilişkin ilke, yöntem, standart ve teknikleri geliştirmek, denetim rehberleri hazırlamak, denetimlerin etkinliğini ve verimliliğini artırıcı tedbirleri almak, bu konuda görüş ve önerilerde bulunmak.

i) Sosyal değişimler, teknolojik gelişmeler ve uluslararası mevzuatta ortaya çıkan değişikliklerin çalışma hayatıyla ilgili mevzuata yansıtılması için görüş bildirmek.

ii) Denetim sonuçlarına göre işgücü piyasasını geliştirecek ve çalışanların hayat seviyelerini yükseltecek tavsiye ve tekliflerde bulunmak.

j) Çalışma hayatı ile ilgili mevzuat çalışmaları yapmak, gerektiğinde, teftiş ve denetimler sonucunda, mevzuatın aksayan yönleri, uygulanabilirliği, ilgili kurum ve kuruluşlarca alınması gereken önlemleri belirleyen Genel Değerlendirme Raporu hazırlamak.

k) Sanayi ve Ticarete İş Teftişi Hakkındaki 81 numaralı Milletlerarası Çalışma Sözleşmesinin 20 nci maddesine göre İş Teftişi Genel Değerlendirme Raporunu hazırlayarak Milletlerarası Çalışma Bürosu Genel Müdürlüğü'ne göndermek.

l) Uluslararası sözleşmeler çerçevesinde işyerlerinde uygulamaları incelemek ve izlemek.

m) Denetim sonuçlarına ilişkin istatistikleri tutmak, derlemek, değerlendirmek ve yorumlamak.

n) Bakanlığın amaçlarını daha iyi gerçekleştirmek, mevzuata, plan ve programa uygun çalışmasını temin etmek amacıyla gerekli teklifleri hazırlamak ve Bakan'a sunmak.

o) Bakan tarafından teftiş hizmetleri ile ilgili olarak verilen benzer görevleri yapmak

olarak belirtilmiştir.

5510 sayılı Kanunda soruşturmanın iş müfettişleri tarafından yürütüleceği düzenlendiğinden iş müfettişleri tarafından hazırlanan rapor ve tutanaklarda gerekli bilgilerin mevcut olması halinde Kurum tarafından ayrıca bir inceleme yapılması gerekmemektedir<sup>89</sup>. Yönetmelikte müfettişlerin denetim süreci detaylı olarak düzenlenmiştir. Müfettişler tarafından programlı teftiş ve incelemelerden oluşan program dışı teftiş olmak üzere iki farklı planlama yapılmaktadır (m.44). Programlı teftiş, yıllık hazırlanan her yılın Aralık ayında Bakan onayı alınarak uygulamaya konulan genel faaliyet programı kapsamında iş yaşamındaki sorunların değerlendirilmesi ve öncelik sırasına konulması ile yapılan teftişken, program dışı teftiş ise istek üzerine ya da Sosyal Güvenlik Kurumuna iletilen belgelerden teftişe uygun görülenlerin programa alınmasıyla gerçekleştirilmektedir<sup>90</sup>.

Programlı teftiş, genel çalışma planı içerisinde programlanarak, çalışma hayatındaki sorunların önceliklendirilmesi sonucu işyerlerinde gerçekleştirilen teftiştir (m.45). Bu teftiş sonrası programlı teftiş raporu düzenlenmektedir (m.47).

Program dışı (inceleme) teftiş ise programlı teftiş dışında kalan çalışma mevzuatı ile ilgili talep üzerine veya Kurul önüne gelen evraklardan teftiş hizmetiyle bağdaşır nitelikte olanların teftiş programına alınmasıyla birlikte işyerlerinde gerçekleştirilen teftiştir (m.46). Program dışı

<sup>89</sup> Narter, "Meslek Hastalığında Kusur Tarihinin Belirlenmesi", s.105.

<sup>90</sup> Eker, *İş Sağlığı ve Güvenliğinde Kamusal Yaptırımlar*, s.74 vd.

teftişlerin bir kısmı meslek hastalıkları sonrası yapıldığı gibi bir kişinin şikâyeti üzerine de başlatılabilir<sup>91</sup>. Yapılan program dışı teftiş sonrası ise inceleme raporu düzenlenmektedir (m.47).

İş güvenliği önlemlerinin alınmamasının en önemli yaptırımı işin durdurulması veya işyerinin kapatılmasıdır<sup>92</sup>. Çok tehlikeli sınıfta bulunan maden, yapı, metal işleri ve tehlikeli kimyasallarla çalışılan işyerlerinde risk değerlendirmesinin yapılmadığının tespiti durumunda iş durdurulmaktadır<sup>93</sup>. Müfettişler, programlı veya program dışı teftişte farklı şekilde rapor hazırlama yoluna da gitmektedir. Teftişte bir işyerinin tesislerinde, çalışma yöntem ve şekillerinde, makine ve cihazlarında işçilerin yaşamını tehlikeli hale getirecek bir durumun tespiti halinde işyerlerinde işin durdurulması için mevzuata aykırılıkları içeren idari tedbir raporu hazırladığı gibi yapılan teftiş sırasında gerek görmesi durumunda belirli bir sektör veya alanının sorunlarının belirlenmesi için veya Başkanın gerekli gördüğü diğer konularda Başkanın talimatıyla yürütülen araştırma faaliyetleri sonucunda araştırma raporu da düzenleyebilmektedir (m.47).

Teftiş sırasında işverenler, işçiler ve ilgili olduğu düşünülen kişilerin görevli müfettişler tarafından çağrıldıkları zaman gelmesini sağlamak, ifade ve bilgi vermek, gerekli olan belge ve delilleri sunmak, teftişin sağlıklı ilerlemesi için her türlü kolaylığı göstermek, bu yoldaki emir ve istekleri geciktirmeden yerine getirmekle yükümlüdür (m.12/2).

Meslek hastalığına ilişkin yürütülen soruşturmada meslek hastalığına maruz kaldığı iddia edilen işyerinde yürütülen faaliyetin konusu ile faaliyetin İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu açısından tehlike sınıfı, işveren tarafından alınması gereken işe ve işyerine özgü iş sağlığı ve güvenliği önlemlerinin alınıp alınmadığı, meslek hastalığının hangi önlemlerin alınmaması halinde ortaya çıktığı detaylıca incelenmektedir<sup>94</sup>. Sosyal Sigorta İşlemleri Yönetmeliğinde<sup>95</sup> belirtildiği üzere; yapılan incelemede ilaveten işverenin sorumluluğunun tespitinde kaçınılmazlık ilkesinin uygulanıp uygulanmayacağı, olayın meydana gelmesinde sigortalıların kastı, ağır kusuru veya iş sağlığı ve güvenliğine aykırı bir hareketinin olup olmadığı, üçüncü şahısların kusurlu hareketlerinin bulunup bulunmadığı da araştırılmaktadır (m.37/4). Kaçınılmazlık, olayın meydana geldiği tarihte geçerli bilimsel ve teknik kurallara göre tüm önlemlerin alınmasına rağmen meslek hastalığının oluşmasının engellenememesidir (m.45/3)

İşveren tarafından düzenlenen Meslek Hastalığı Bildirgesi ve eki belgelerden, ünite<sup>96</sup> ve kamu idarelerinin düzenlediği belge ve tutanaklardan başka bir soruşturma ve denetime gidilmeden meslek hastalığı olduğu yönünde bir kanaat oluşursa sigortalı, ilgili sağlık birimine sevk edilecektir (m.37/1). Ancak ünite tarafından meslek hastalığının var olup olmadığı yönünde

<sup>91</sup> Sümer, *İş Sağlığı ve Güvenliği Hukuku*, s.44; Karakaş, *İş Kazası & Meslek Hastalığı İhtilafları ve Çözüm Yolları*, s.149.

<sup>92</sup> Ali Ekin, *İş Sağlığı ve Güvenliğine İlişkin Yükümlülüklerle Uymamanın Sonuçları (İşveren Açısından)*, Ankara: Yetkin Yayıncılık, 2010, s.123.

<sup>93</sup> Arif Temir, *(Açıklamalı ve Uygulamalı) İş Sağlığı ve İş Güvenliği*, Ankara: Yetkin Yayıncılık, 2021, s.151.

<sup>94</sup> Kanbur ve Arca, *“İş Kazası ve Meslek Hastalıkları Tespit Süreci”*, s.77.

<sup>95</sup> Sosyal Sigorta İşlemleri Yönetmeliği, Kurum: Sosyal Güvenlik Kurumu Başkanlığı, Kabul Tarihi: RG 12.05.2010/27579.

<sup>96</sup> Sosyal Sigorta İşlemleri Yönetmeliğinin 4. maddesine göre ünite; merkezde Daire Başkanlığını, taşrada Sosyal Güvenlik İl Müdürlükleri ile Sosyal Güvenlik Merkezlerini ifade etmektedir.

karar verilemeyen durumlarda Sosyal Güvenlik Kurumunun denetim ve kontrole görevli memurlarınca veya Bakanlık iş müfettişleri tarafından soruşturulmalıdır (m.37/2). Bakanlık iş müfettişleri tarafından düzenlenen rapor ve tutanaklarda gerekli bilgiler mevcutsa veya yargı kararı bulunmaktaysa ünitelerce tekrar inceleme yapılması talep edilemeyecektir (m.37/3).

İş teftiş süreci sonunda düzenlenen raporlar, Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı İş Teftiş Kurulu tarafından mevzuata uygunluk yönünden incelenir, ancak müfettişin mevzuata dayanan görüş ve kanaatlerine müdahalede bulunulamaz (m.56/1). Birden fazla müfettiş tarafından hazırlanmış bir raporda görüş farklılıklarının bulunması halinde farklılıklar, müfettişler tarafından ayrı ayrı gerekçelendirilir, Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı İş Teftiş Kurulu Başkanı tarafından onaylanan görüş doğrultusunda işlem yapılarak ilgili yerlere gönderilir (m.56/2).

Ülkemizde, meslek hastalıklarının önlenmesi için gerekli kurumsal yapı oluşturulmuştur. Ancak, oluşturulan bu yapının uygulanmasında meydana gelen aksaklıklar nedeniyle halen meslek hastalıkları artarak devam etmektedir. Bu olumsuz tablonun en önemli nedeni; insan faktörüdür. Mevzuatın ve bu mevzuata göre oluşturulan yapının varlığına rağmen, bazen işverenlerin maliyetleri düşürme kaygısıyla gerekli tedbirleri almaması, bazen işçilerin daha rahat ya da daha hızlı çalışmak için uyulması gerekli önlemlere riayet etmemesi, bazen de müfettişlerin görevlerini gereği gibi yerine getirmemesi nedeniyle meslek hastalıkları görülmeye devam etmektedir. Ülkemizde çoğu alanda olduğu gibi maaleef meslek hastalıklarının önlenmesi hususunda da yeterli bilinçlenme seviyesine ulaşamamamız, verilen eğitimlerin yetersizliği, güvenlik kültürünün oluşmaması, var olan kurumsal yapının ve denetim sürecinin işsiz kalmasına neden olmaktadır.

## II. MESLEK HASTALIKLARININ BELİRLENMESİNDE UYGULANAN YÖNTEMLER

### A. GENEL OLARAK

Meslek hastalığının varlığından bahsedebilmek için sigortalının işin veya işyerinin niteliğinden kaynaklanan nedenlerle hastalığın meydana geldiğini hukuk sisteminin belirlediği yöntemlerle ortaya koyması gereklidir.

Uluslararası Çalışma Örgütü, üye ülkelere üç farklı yöntem önermektedir<sup>97</sup>. Kullanılan yöntemlerden ilki liste yöntemidir. Bazı hastalıkların listelenmesine dayanan bu yöntemde, hastalık listede varsa illiyet bağına kurması beklenmeksizin sigortalının meslek hastalığına yakalandığı belirlenmektedir. Bu sistem, hastalığın meslek hastalığı olarak tespiti aşamasında yol gösterici nitelikte olup süreci kolaylaştırması bakımından önemlidir. Diğer bir faydası ise

97 International Labour Organization, 'Identification and Recognition of Occupational Diseases: Criteria for Incorporating Diseases in the ILO List of Occupational Diseases, Meeting of Experts on The Revision of The List of Occupational Diseases' (Recommendation No. 194) (Geneva, 27-30 October 2009), s.1, 2. [https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed\\_protect/---protrav/---safework/documents/meetingdocument/wcms\\_116820.pdf](https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_protect/---protrav/---safework/documents/meetingdocument/wcms_116820.pdf), (Date of Access 02.09.2022).

listelenen meslek hastalıklarının ortaya çıkmaması için gerekli önleyici tedbirlerin alınmasıdır<sup>98</sup>. Kullanılan yöntemlerden bir diğeri; hastalığın mesleki faaliyetin ifası ile ilgili olduğunun kanıtlanmasıdır<sup>99</sup>. Bu yöntem listelemeye dayanmadığından en geniş ve en esnek korumayı sağlamakla birlikte kanıtlama usulüne dayandığından hastalığa maruz kalan kişinin genellikle yargıya gitmesini gerektirmekte ve ayrıca meslek hastalığının önlenmesine yönelik tedbirlerin alınmasına katkı sağlamadığı gibi istatistiksel verilerin tutulmasını da zorlaştırmaktadır<sup>100</sup>. Bazı ülkeler ise her iki yöntemin birlikte uygulandığı karma yöntemi benimsemiştir. Diğer iki yöntemin hastalığa maruz kalan kişi yönünden olumsuz yönlerini ortadan kaldırmak ve olumlu yönlerini kullanabilmek için birçok ülke karma yöntemi tercih etmektedir<sup>101</sup>.

Meslek hastalıklarının listelenmesi usulü, yaygın bir tercih olarak kullanılmaktadır<sup>102</sup>. Listede yer alan hastalıkların mesleğe bağlı olarak çıktıkları genel kabul gördüğünden sigortalının illiyet bağını kurması da kolaylaşmış olmaktadır<sup>103</sup>. Bir ülkenin sosyal güvenlik sisteminde bazı hastalıkların meslek hastalığı olarak kabul edilerek listelenmesi aslında listede olmayan hastalıklar açısından da bir seçim yapıldığını göstermektedir. Ancak listeleme usulünün katı bir biçimde uygulanması sigortalının aleyhine birtakım sonuçlar doğurabilecektir<sup>104</sup>. Bu nedenle meslek hastalıkları listesinin günün koşullarına göre devamlı suretle revize edilmesi gerekmektedir. Listede olmamakla birlikte sigortalının yakalandığı hastalığın işyerinde işin yürütümünden kaynaklandığının kanıtlanması halinde hastalığın meslek hastalığı olarak kabul edilebilmesi sigortalılar açısından önemlidir. Bu açıdan karma yöntemin sigortalıların daha lehine olduğu söylenebilir. Ülkemizde karma yöntem uygulanmaktadır<sup>105</sup>.

## B. ULUSLARARASI BELGELERDE VE MUKAYESELİ HUKUKTA

### 1. Uluslararası Belgelerde

#### a. Uluslararası Çalışma Örgütü

Uluslararası Çalışma Örgütü, kendisine üye olan devletlerin taraf olduğu sözleşmeler ile tavsiye kararları doğrultusunda çalışma hayatı içerisinde sosyal, ekonomik, yasal, işletme ve sağlıkla ilgili durumları ele alarak, çalışmalarına uluslararası düzeyde devam etmektedir<sup>106</sup>.

<sup>98</sup> Niu Sehengli, "The ILO Activities on Occupational Diseases, Occupational Diseases in the EU the System(s) and Their Role", 03-04.12.2013, s.1, 23. <https://ec.europa.eu/social/BlobServlet?docId=11290&langId=en>, (Date of Access 11.10.2022),

<sup>99</sup> Akdeniz, *Meslek Hastalığı Kavramı Üzerine*, s.71.

<sup>100</sup> Tuncay ve Ekmekçi, *Sosyal Güvenlik Hukuku Dersleri*, s.433.

<sup>101</sup> International Labour Organization, "Identification and Recognition of Occupational Diseases: Criteria for Incorporating Diseases in the ILO List of Occupational Diseases, Meeting of Experts on The Revision of The List of Occupational Diseases", s.3.

<sup>102</sup> Akdeniz, *Meslek Hastalığı Kavramı Üzerine*, s.71.

<sup>103</sup> Sümer, *İş Sağlığı ve Güvenliği Hukuku*, 111; Kocabaş, Aydın, Özgüler, İlhan, Demirkaya, Ak ve Özbaş, *Çalışma Ortamında Psikososyal Risk Etmenlerinin İş Kazası, Meslek Hastalıkları ve İşle İlgili Hastalıklarla İlişkisi*, s.36.

<sup>104</sup> Hüseyinli ve Koç, "Avrupa Birliği ve Türk Hukukunda Meslek Hastalıklarının Kayıt Alına Alınmasına İlişkin Yasal Düzenlemeler", s.459.

<sup>105</sup> Tuncay ve Ekmekçi, *Sosyal Güvenlik Hukuku Dersleri*, s.434; Ali Nazım Sözer, *Türk Sosyal Sigortalar Hukuku*, İstanbul: Beta Yayıncılık, 2023, s.366; Centel, *Türk Sosyal Güvenlik Hukuku*, s.223; Narter, "Meslek Hastalıklarında Sorumluluklar ve Sigortasız Çalışanın Meslek Hastalığına Tutulması", s.25.

<sup>106</sup> Nurdoğan, "Uluslararası Çalışma Örgütünün (UÇÖ-ILO) Yüzyüncü Yıl Dönümü ve Türkiye İlişkileri", s.84; Baloğlu, *Avrupa Birliği ve Türkiye'de İş Sağlığı ve Güvenliği*, s.11.

Uluslararası belgelerde bazı hastalıkların meslek hastalığı olarak listelenmesine yer verilmiştir. Uluslararası Çalışma Örgütü, kurulduğu 1919 yılından itibaren meslek hastalıkları üzerine yoğun çalışma içerisinde bulunmuş, hatta 1919 yılında 3 Nolu Şarbon Önleme Tavsiyesini<sup>107</sup> yayımlayarak şarbon hastalığını<sup>108</sup>, meslek hastalığı olarak tanımlamıştır<sup>109</sup>.

1925 yılında 18 Nolu Çalışanların Tazmini (Meslek Hastalıkları) Sözleşmesinde<sup>110</sup> meslek hastalıkları listesi ilk kez yayımlanmıştır<sup>111</sup>. Bu belirleme, listeleme yönteminin başlangıcı olarak kabul edilebilir<sup>112</sup>. Bu sözleşmenin uygulanması esnasında sözleşmedeki düzenlemelerin daha anlaşılır olmasını sağlayan yol gösterici nitelikte 24 sayılı Tavsiye Kararı<sup>113</sup> yayımlanmıştır<sup>114</sup>.

Zaman içerisinde listenin kapsamı genişletilmiş, üç meslek hastalığının sayısı, 42 Nolu Sözleşme<sup>115</sup> ile ona çıkarılmıştır<sup>116</sup>. Sözleşmenin 2. maddesinde sözleşmeyi kabul eden üye devletlerin tabloda yer alan sanayi ve mesleklerle ilgili kanuna tabi işyerlerinde çalışan işçilerin yakalandıkları hastalıkların meslek hastalığı olarak sayılacağını kabul etmiş olacağı düzenlenmiştir<sup>117</sup>. Sözleşmenin yürürlüğe girmesiyle birlikte meslek hastalığı olarak listelenen tüm hastalıklar ülkemizde de meslek hastalığı olarak kabul edilmiştir<sup>118</sup>.

115 sayılı İşçilerin İyonizan Radyasyonlara Karşı Korunması Hakkında Sözleşme<sup>119</sup>, belli bir riske ilişkin yapılan ilk sözleşmedir<sup>120</sup>. Sözleşme, işçilerin çalışmaları sırasında iyonizan radyasyonlara maruz kalmalarına neden olan bütün faaliyetler hakkında uygulanmaktadır (m.2). Sözleşmede işçilerin sağlık ve emniyetleri bakımından iyonizan radyasyonlara karşı etkili bir şekilde korunmasını sağlamak amacıyla taraf devletlerin gerekli her türlü tedbiri alması

<sup>107</sup> Tam metin için [https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORM-LEXPUB:12100:0::NO:12100:P12100\\_ILO\\_CODE:R003](https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORM-LEXPUB:12100:0::NO:12100:P12100_ILO_CODE:R003), (E.t 27.08.2022).

<sup>108</sup> Şarbon hastalığı, "antraks" olarak da adlandırılmaktadır, <http://hastane.ankara.edu.tr/2018/09/14/sarbon/>, (E.t 27.08.2022).

<sup>109</sup> Kocabaş, Aydın, Özgüler, İlhan, Demirkaya, Ak ve Özbaş, "Çalışma Ortamında Psikososyal Risk Etmenlerinin İş Kazası, Meslek Hastalıkları ve İşle İlgili Hastalıklarla İlişkisi", s.37; Hüseyinli ve Koç, "Avrupa Birliği ve Türk Hukukunda Meslek Hastalıklarının Kayıt Altına Alınmasına İlişkin Yasal Düzenlemeler", s.458.

<sup>110</sup> Tam metin için, [https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORM-LEXPUB:12100:0::NO:12100:P12100\\_ILO\\_CODE:C018](https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORM-LEXPUB:12100:0::NO:12100:P12100_ILO_CODE:C018), (E.t 27.08.2022).

<sup>111</sup> Meral Saygun, "İş Sağlığı Güvenliği ve Meslek Hastalıkları Konularında Uluslararası Yaklaşımlar", <http://www.hisam.hacettepe.edu.tr/ismeslekhastaliklari/97MeralSaygun.pdf>, (E.t 29.09.2022).

<sup>112</sup> Eun-A Kim and Seong-Kyu Kang, "Historical Review of the List of Occupational Diseases Recommended by the International Labour Organization (ILO)", *Annals of Occupational and Environmental Medicine*, 25/14, (2013), s.1, 2. <https://aoemj.biomedcentral.com/articles/10.1186/2052-4374-25-14>, (E.t 02.09.2022).

<sup>113</sup> Tam metin için [https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORM-LEXPUB:12100:0::NO::P12100\\_ILO\\_CODE:R024](https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORM-LEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:R024), (E.t 01.09.2022).

<sup>114</sup> 24 sayılı Tavsiye Kararı, 18 Nolu Sözleşme ile aynı gün 10.06.1925 tarihinde Uluslararası Çalışma Konferansında düzenlenmiştir.

<sup>115</sup> 42 Nolu İşçinin Tazmini (Meslek Hastalıkları) Sözleşmesi, 04.06.1934 tarihinde kabul edilmiştir. RG 16.02.1946/6234.

<sup>116</sup> Kim and Kang, "Historical Review of the List of Occupational Diseases Recommended by the International Labour Organization (ILO)", s.2.

<sup>117</sup> Tam Metin için [https://www.ilo.org/ankara/conventions-ratified-by-turkey/WCMS\\_377247/lang--tr/index.htm](https://www.ilo.org/ankara/conventions-ratified-by-turkey/WCMS_377247/lang--tr/index.htm), (E.t 01.09.2022).

<sup>118</sup> İşçi, *Temel Kavramlar ve Meslek Hastalığının Tarihsel Gelişimi*, s.37.

<sup>119</sup> RG 25.7.1968/12959.

<sup>120</sup> Tam metin için [https://www.ilo.org/ankara/conventions-ratified-by-turkey/WCMS\\_377274/lang--tr/index.htm](https://www.ilo.org/ankara/conventions-ratified-by-turkey/WCMS_377274/lang--tr/index.htm), (E.t 09.09.2022).



gerektiği, işçilerin iyonizan radyasyonlarına maruz kalışlarını mümkün olan en asgari seviyeye indirmek için her türlü çabayı göstermesi ve füzuli her türlü maruz kalışı önleyici tedbirler alması gerektiği düzenlenmiştir<sup>121</sup>. Uluslararası Çalışma Örgütü'nün 187 Sayılı Sözleşmesinde<sup>122</sup> 115 sayılı Sözleşme ile benzer hususlara yer verilmiştir<sup>123</sup>. Sözleşme, güvenli ve sağlıklı çalışma alanının sağlanması için önleyici güvenlik ve sağlık kültürünün oluşturulmasına ve sürdürülmesine katkı sağlamaktadır<sup>124</sup>.

1964 yılında yayımlanan 121 Nolu Sözleşme ile meslek hastalıkları listesine bazı hastalıklar da eklenerek aksi kanıtlanana kadar bu hastalıkların meslek hastalığı olarak kabul edileceği ifade edilmiştir<sup>125</sup>. 1980 yılında 121 Nolu Sözleşmenin ekinde yer alan listedeki hastalıklara birçok hastalık eklenmiştir<sup>126</sup>. Meslek Hastalığı Listesi, 2002 yılında 194 Nolu Tavsiye Kararı ile yetmiş farklı meslek hastalığını listelemek suretiyle yayımlanmıştır<sup>127</sup>.

Önleyici tedbirlerin getirilmesi, meslek hastalıklarının nedenlerinin belirlenmesi tazminat sürecinin iyileştirilmesinde bir araçtır<sup>128</sup>. Uluslararası Çalışma Örgütü'nün Tavsiye Kararında yayımlanan Meslek Hastalığı Listesinde meslek hastalığı nedeniyle kişinin zararının tazmininden öte meslek hastalıklarının nedenlerini belirlemek, raporlamak ve bildirmek amaçlanmıştır<sup>129</sup>. Tavsiye kararında yer alan liste, zaman içerisinde revize edilmiştir<sup>130</sup>. 2010 yılında şimdikiye kadar düzenlenen en kapsamlı Meslek Hastalıkları Listesi oluşturulmuştur<sup>131</sup>. Tavsiye kararların bağlayıcı nitelikte olmaması, yalnızca yol gösterici nitelikte olması nedeniyle tavsiye karar içerisinde yer alan liste, meslek hastalıklarının raporlanması ve tespiti açısından önem arz etmektedir<sup>132</sup>.

Uluslararası Çalışma Örgütü'nün Sözleşme ve Tavsiye Kararları ile meslek hastalıkları listesini yıllar içerisinde geliştirmesi, ulusal listelerin hazırlanmasına ve listelerde yer alan hastalıklara yönelik önleyici tedbirler almalarına olanak sağlamıştır<sup>133</sup>.

<sup>121</sup> Akdeniz, *Meslek Hastalığı Kavramı Üzerine*, s.100.

<sup>122</sup> 187 Sayılı İş Sağlığı ve Güvenliğini Geliştirme Çerçeve Sözleşmesi, RG 08.10.2013/28789.

<sup>123</sup> Tam metin için [https://www.ilo.org/ankara/conventions-ratified-by-turkey/WCMS\\_377312/lang--tr/index.htm](https://www.ilo.org/ankara/conventions-ratified-by-turkey/WCMS_377312/lang--tr/index.htm), (E.t 29.09.2022).

<sup>124</sup> Uluslararası Çalışma Örgütü, "*Önleyici Sağlık ve Güvenlik Kültürünün Oluşturulması, 1981 Tarihli ve 155 Sayılı İş Sağlığı ve Güvenliğine İlişkin Sözleşme, 2022 Tarihli Protokolü ve 2006 Tarihli ve 187 Sayılı İş Sağlığı ve Güvenliğini Geliştirme Çerçeve Sözleşmesi'ne Yönelik Kılavuz*", s.5. [https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed\\_norm/---normes/documents/publication/wcms\\_450452.pdf](https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---normes/documents/publication/wcms_450452.pdf), (E.t 28.09.2022); Nurdoğan, "*Uluslararası Çalışma Örgütü'nün (UÇO-ILO) Yüzüncü Yıl Dönümü ve Türkiye İlişkileri*", s.93.

<sup>125</sup> Kim and Kang, "*Historical Review of the List of Occupational Diseases Recommended by the International Labour Organization (ILO)*", s.3.

<sup>126</sup> Ayrıntılı bilgi için Pinosova, Andrejiova, Badida and Moravec, "*Occupational Disease as the Bane of Workers*", s.13.

<sup>127</sup> Tam metin için [https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/?p=NORM-LEXPUB:12100:0:NO:12100:P12100\\_ILO\\_CODE:R194](https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/?p=NORM-LEXPUB:12100:0:NO:12100:P12100_ILO_CODE:R194), (E.t 27.08.2022).

<sup>128</sup> Pinosova, Andrejiova, Badida and Moravec, "*Occupational Disease as the Bane of Workers*", s.15.

<sup>129</sup> Kim and Kang, "*Historical Review of the List of Occupational Diseases Recommended by the International Labour Organization (ILO)*", s.5.

<sup>130</sup> İşçi, *Temel Kavramlar ve Meslek Hastalığının Tarihsel Gelişimi*, s.45.

<sup>131</sup> Tam Metin için, <https://www.who.int/health-topics/occupational-health>, (E.t 01.09.2022).

<sup>132</sup> Nurdoğan, "*Uluslararası Çalışma Örgütü'nün (UÇO-ILO) Yüzüncü Yıl Dönümü ve Türkiye İlişkileri*", s.84.

<sup>133</sup> Niu, "*The ILO Activities on Occupational Diseases, Occupational Diseases in the EU the System(s) and Their Role*", s.22; Pinosova, Andrejiova, Badida and Moravec, "*Occupational Disease as the Bane of Workers*", s.12.

Ülkemiz yalnızca 42 nolu Sözleşmeye taraftır<sup>134</sup>. Uluslararası Çalışma Örgütünün daha sonraki tarihlerde listesindeki hastalıkları revize ederek sayısını artırdığı, diğer meslek hastalığı listelerini içine alan 121 nolu Sözleşmeye ülkemiz taraf olmamıştır.

### b. Avrupa Birliği

Avrupa Birliği, Uluslararası Çalışma Örgütünün sözleşme ve tavsiye kararlarında olduğu gibi meslek hastalıklarının listelenmesi suretiyle gerekli planlamalar yapılarak meslek hastalıklarının önlenmesini hedeflemiştir<sup>135</sup>.

Avrupa Birliği Komisyonu, işçilerin işyerinde maruz kaldığı kimyasal, fiziksel ve biyolojik etkenlere karşı korunması amacıyla 80/1107 sayılı Çerçeve Direktifi hazırlamıştır<sup>136</sup>. Çerçeve Direktif sonrası aynı dönemde hazırlanan 82/602 sayılı Direktif kurşuna, 83/477 sayılı Direktif asbeste, 86/188 sayılı Direktif gürültü kirliliğine ve 88/364 sayılı Direktif diğer tehlikeli maddelere maruz kalan işçilerin korunmasına yöneliktir<sup>137</sup>.

Avrupa Birliği Komisyonunun 89/391 sayılı Direktifinde<sup>138</sup> işçilerin sağlık ve güvenliklerinin iyileştirilmesi amacıyla mesleki tehlikelerin önlenmesi, sağlığın korunması ve güvenliğin sağlanması, bilgilendirme, danışma, yönetime katılma ile işçi ve temsilcilerinin eğitimi için gerekli düzenlemeler yapılmıştır<sup>139</sup>. Direktif, yaşam hakkının korunmasını hareket noktası olarak almış olup “önleyicilik” ve “ortak sorumluluk” gibi temel ilkeleri düzenlemiş olması bakımından daha sonra çıkarılan direktiflere de yol gösterici olmuştur<sup>140</sup>.

22.05.1990 tarihli 90/326 sayılı Tavsiye Kararında<sup>141</sup> üye devletlerin kendi ulusal mevzuatlarını Ek-I’de yer alan Meslek Hastalığı Listesini dikkate alarak en kısa sürede uygun hale getirmek, Ek-I’de yer almamakla birlikte işçinin hastalığının mesleki olduğunun kanıtlanması halinde meslek hastalığına bağlı haklarının ulusal mevzuat kapsamında karşılanması için gerekli düzenlemelerin yapılması gerektiği belirtilmiştir. Tavsiye kararının ekinde bulunan liste, Uluslararası Çalışma Örgütünün 121 sayılı Sözleşmesinden daha kapsamlıdır<sup>142</sup>. Bu düzenleme, meslek hastalığı ile ilgili olarak Avrupa Birliğinin de Uluslararası Çalışma Örgütünün düzenlemelerinde olduğu gibi karma usulü benimsediğini göstermektedir. Aynı zamanda Tavsiye Kararında mümkün olduğu kadar tüm meslek hastalıklarının rapor edilmek suretiyle

<sup>134</sup> Nurdoğan, “Uluslararası Çalışma Örgütünün (UÇO-ILO) Yüzüncü Yıl Dönümü ve Türkiye İlişkileri” s.88.

<sup>135</sup> Mustafa Şen, Salih Dursun ve Murat Güven, “Türkiye’de İş Kazaları: Avrupa Birliği Ülkeleri Bağlamında Bir Değerlendirme”, *Opus Uluslararası Toplum Araştırmaları Dergisi*, 9/16, (2018), s.1167, 1184. <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/559316>, (E.t 10.10.2022).

<sup>136</sup> Cem Baloğlu, “Avrupa Birliği’nde İş Sağlığı ve Güvenliği Politikaları”, *Kamu-İş Dergisi*, 14/2, (2015), s.97, 101. <https://www.tuhis.org.tr/pdf/1426.pdf>, (E.t 15.09.2022).

<sup>137</sup> Emel Erginbaş, *Avrupa Birliğinin Türkiye’de İş Sağlığı ve Güvenliğine Etkisi* (Yüksek Lisans Tezi), İstanbul Üniversitesi, 2010, s.116. <http://nek.istanbul.edu.tr:4444/ekos/TEZ/46580.pdf>, (E.t 29.09.2022).

<sup>138</sup> Tam metin için [https://www.isguvenligi.net/wp-content/uploads/ab\\_isig\\_direktifi.pdf](https://www.isguvenligi.net/wp-content/uploads/ab_isig_direktifi.pdf), (E.t 29.09.2022).

<sup>139</sup> Aslıhan Limon, “Türk Hukuk Sisteminde İş Sağlığı ve Güvenliği”, *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, 1, (2012), s. 209, 216. <https://dergipark.org.tr/tr/pub/mdergi/issue/16881/175766>, (E.t 02.10.2022); Oçal ve Çiçek, “Türkiye ve Avrupa Birliği’nde İş Kazası Verilerinin Karşılaştırmalı Analizi”, s.625.

<sup>140</sup> Kabakçı, “İş Sağlığı ve Güvenliğinin Hukuk Sistemindeki Yeri”, s.265; Hüseyinli ve Koç, “Avrupa Birliği ve Türk Hukukunda Meslek Hastalıklarının Kayıt Altına Alınmasına İlişkin Yasal Düzenlemeler”, s.463; Baloğlu, *Avrupa Birliği ve Türkiye’de İş Sağlığı ve Güvenliği*, s.45.

<sup>141</sup> Tam metin için <https://eur-lex.europa.eu/eli/reco/1990/326/oj>, (E.t 02.09.2022).

<sup>142</sup> Pinosova, Andrejiova, Badida and Moravec, “Occupational Disease as the Bane of Workers”, s. 14.



istatistiklerin Ek-I'de yer alan listeye uyumlu hale getirilmesi, bu anlamda önleyici tedbirlerin alınması, iyileştirmek ve geliştirmek için faaliyetlerde bulunulması gerektiği ifade edilmektedir<sup>143</sup>.

Avrupa Komisyonunun 2003/670 sayılı Avrupa Meslek Hastalıkları Listesiyle ilgili Tavsiye Kararında<sup>144</sup> iki farklı listenin bulunacağı, bu listelerden birinde tazminat ödenmesini gerektirecek meslek hastalıklarına neden olan fiziksel ve kimyasal etkenler, deri hastalıkları, bazı maddelerin solunmasından kaynaklanan hastalıklar, iltihap ve parazitlerin olduğu, diğer listede ise meslekle ilgili olduğu yönünde şüphe duyulan ve bildirim gerektiren etkenler yer almaktadır<sup>145</sup>.

Avrupa Parlamentosu ve Konseyinin 16.12.2008 tarihli 1338/2008 sayılı düzenlemesinin<sup>146</sup> beşinci bölümünde işle ilgili ortaya çıkan sağlık sorunlarının meslek hastalığı olduğu ve bu hastalıklara çalışma koşullarının neden olabileceği, meslek hastalığının fiziksel ve psiko-sosyal sağlık sorunlarından oluştuğu belirtilmiştir. Üye devletlerdeki koşullar ve uygulamalar dikkate alınarak Avrupa Meslek Hastalıkları İstatistiklerinin (EODS) oluşturulması gerektiği düzenlenmiştir. İstatistiklerin oluşturulmasında cinsiyet ve yaş dahil olmak üzere hasta kişinin özellikleri, hastalığın şiddeti de dahil hastalığın özellikleri, işyerinin veya işletmenin ekonomik faaliyetlerini de içerecek şekilde hastalığa neden olan faktörlerin özellikleri dikkate alınacaktır<sup>147</sup>.

Avrupa Meslek Hastalıkları İstatistikleri, çalışma koşullarını iyileştirmek için meslek hastalıklarının sayısını belirlemeye, meslek hastalığının ortaya çıkış sıklığını ve oranını tespit etmeye yardımcı olmaktadır<sup>148</sup>. Bu çalışma ile önleyici faaliyetlerde bulunularak meslek hastalığının ortaya çıkışı engellenmek istenmiştir.

### c. Dünya Sağlık Örgütü

Dünya Sağlık Örgütü de Uluslararası Çalışma Örgütü gibi Birleşmiş Milletlere bağlı kurulmuştur<sup>149</sup>. Çalışanların çalışma koşullarından kaynaklanan sağlık sorunlarının önlenmesi, uluslararası sağlık alanında yol gösterici sıfatıyla hareket eden Dünya Sağlık Örgütünün<sup>150</sup>

<sup>143</sup> Saygun, "İş Sağlığı Güvenliği ve Meslek Hastalıkları Konularında Uluslararası Yaklaşımlar", <http://www.hisam.hacettepe.edu.tr/ismeslekhastaliklari/97MeralSaygun.pdf>, (E.t 29.09.2022); Hüseyinli ve Koç, "Avrupa Birliği ve Türk Hukukunda Meslek Hastalıklarının Kayıt Altına Alınmasına İlişkin Yasal Düzenlemeler", s.465.

<sup>144</sup> Avrupa Komisyonunun 2003/670 sayılı Avrupa Meslek Hastalıkları Listesiyle İlgili Tavsiye Kararı hakkında rapor için <https://ec.europa.eu/social/BlobServlet?docId=9982&langId=en>, (E.t 13.10.2022).

<sup>145</sup> Baloğlu, *Avrupa Birliği ve Türkiye'de İş Sağlığı ve Güvenliği*, s.51.

<sup>146</sup> Tam metin için <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32008R1338&rid=2>, (E.t 01.09.2022).

<sup>147</sup> Hüseyinli ve Koç, "Avrupa Birliği ve Türk Hukukunda Meslek Hastalıklarının Kayıt Altına Alınmasına İlişkin Yasal Düzenlemeler", s.471.

<sup>148</sup> <https://ec.europa.eu/eurostat/web/experimental-statistics/european-occupational-diseases-statistics>, (E.t 01.09.2022).

<sup>149</sup> Murat Özveri, "İşçi Sağlığı ve Güvenliğinde İşverenin Sorumluluğu: Uluslararası Çalışma Örgütü (ILO) ile Dünya Sağlık Örgütü'nün (WHO) Ortak Komisyon Kararı", *Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukukuna İlişkin Yargı Kararları ve İncelemeleri Dergisi*, 3/7, (2008), s.79, 89.

<sup>150</sup> Türkiye, 5062 sayılı Kanunla 09.06.1949 tarihinde Dünya Sağlık Örgütü'nün Anayasasını onaylayarak, resmen üye olmuştur, <https://www.mfa.gov.tr/who.tr.mfa>, (E.t 29.09.2022).

görevlerinden birisidir<sup>151</sup>. Örgüt, iş sağlığını; iş sağlığı ve güvenliği açısından tüm riskleri inceleyerek çalışanların bu risklere karşı korunmasını amaçlayan eylemlerin tamamı olarak ifade etmektedir<sup>152</sup>.

Dünya Sağlık Örgütü'nün hazırladığı meslek hastalığı listesi bulunmamakla birlikte genellikle meslek hastalıklarının oluşmasını önlemeye yönelik adımlar atmakta ve Uluslararası Çalışma Örgütü ile birlikte ortak amaç için çalışmaktadır<sup>153</sup>. Meslek hastalıklarının önlenmesine yönelik genelde ülkelerin kendi programları dahi bulunmadığından<sup>154</sup> Dünya Sağlık Örgütü, yaptığı çalışmalarla ülkelerin programlarına etki etmeyi hedeflemektedir.

Dünya Sağlık Örgütü, çalışma koşullarının ve çalışma ortamının güvenli ve sağlığa uygun hale getirilmesi için gerekli çalışmaları yapmak, etkin yönetim sistemleri oluşturmak, ulusal politika ve eylem planları geliştirmek, meslek hastalıklarının önlenmesi, kontrolü ve gerekli incelemelerin yapılması için ulusal sağlık programlarıyla işbirliği içinde olmayı amaçlamaktadır<sup>155</sup>. Nitekim, Dünya Sağlık Örgütü ve Uluslararası Çalışma Örgütü geliştirdikleri birtakım metodları kullanarak toza maruz kalınmak suretiyle ortaya çıkan pnömonkonyoz hastalığının etkilerini araştırmışlardır<sup>156</sup>.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu bir kararında iş sağlığı ve güvenliğinin sağlanmasının uluslararası alanda önemini vurgulamıştır<sup>157</sup>. Kararda bahsedilen Ortak Komisyon Kararı, 1950 yıllarında alınmış olup iş sağlığı ve güvenliğinin temel ilkeleri belirlenmiştir<sup>158</sup>.

## 2. Mukayeseli Hukukta

Uluslararası belgelerde meslek hastalıklarının önlenmesi ve tespiti için oluşturulan Meslek Hastalıkları Listesi, birçok ülkenin kendi ulusal mevzuatları açısından da yol gösterici olmuştur. Meslek hastalıklarının tespitinde liste yöntemi uygulanabilecekken, mesleğin ifası ile ilgili olduğunun kanıtlanması yöntemi veya her iki usulün birlikte uygulandığı karma yöntem

<sup>151</sup> Saygun, “İş Sağlığı Güvenliği ve Meslek Hastalıkları Konularında Uluslararası Yaklaşımlar”, <http://www.hisam.hacettepe.edu.tr/ismeslek/hastaliklari/97MeralSaygun.pdf>, (E.t 29.09.2022).

<sup>152</sup> Öçal ve Çiçek, “Türkiye ve Avrupa Birliği’nde İş Kazası Verilerinin Karşılaştırmalı Analizi”, s.620.

<sup>153</sup> Hüseyinli ve Koç, “Avrupa Birliği ve Türk Hukukunda Meslek Hastalıklarının Kayıt Altına Alınmasına İlişkin Yasal Düzenlemeler”, s.458.

<sup>154</sup> <https://www.who.int/news-room/fact-sheets/detail/protecting-workers'-health>, (E.t 03.09.2022).

<sup>155</sup> <https://www.who.int/health-topics/occupational-health>, (E.t 02.09.2022).

<sup>156</sup> Daniele Mandriolia, Vivi Schlünssenb, Balázs Ádám, Robert A. Cohene, Claudio Colosiof, Weihong Chenh, Axel Fischeri, Lode Godderisj, Thomas Göenk, Ivan D. Ivanovl, Nancy Leppinkm, Stefa Mandic-Rajcevicf, Federica Mascif, Ben Nemeryj, Frank Pegal, Annette Prüss-Üstünl, Daria Sgargib, Yuka Ujitam, Stevie van der Mierdena, Muzimkhulu Zungun and Paul T.J Scheeperso, “WHO/ILO Work-Related Burden of Disease and Injury: Protocol for Systematic Reviews of Occupational Exposure to Dusts and/or Fibres and of the Effect of Occupational Exposure to Dusts and/or Fibres on Pneumoconiosis”, Environment International, 119, (2018), s.174, 175. <https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S0160412017321785> (Date of Access 11.10.2022).

<sup>157</sup> “Uluslararası Çalışma Örgütü (ILO) ile Dünya Sağlık Örgütü'nün (WHO) ortak komisyonunda işçi sağlığının esasları: Bütün işkollarında işçinin fiziksel, ruhsal ve sosyo-ekonomik bakımdan sağlığını en üst düzeye çıkarmak ve bunun devamını sağlamak; çalışma şartları ve kullanılan zararlı maddeler nedeni ile işçi sağlığının bozulmasını engellemek; her işçiyi kendi fiziksel ve ruhsal yapısına uygun işte çalıştırmak; özet olarak işin, işçiye ve işçinin işe uyumunu sağlamak olarak tanımlanmaktadır. Belirleyen amaçlara ulaşmak, dolayısıyla iş kazalarını ve meslek hastalıklarını önlemek temel sorumluluktur”, Yargıtay HGK 10-696/704 08.11.2006 (Sinerji)

<sup>158</sup> Özveri, “İşçi Sağlığı ve Güvenliğinde İşverenin Sorumluluğu: Uluslararası Çalışma Örgütü (ILO) ile Dünya Sağlık Örgütü'nün (WHO) Ortak Komisyon Kararı”, s.89.

uygulanabilmektedir. Uluslararası Çalışma Örgütü ve Avrupa Birliği Tavsiye Kararlarında karma yöntemin uygulanması önerilmektedir<sup>159</sup>.

Belçika, meslek hastalığının tespitinde karma yöntemi benimsemiştir. Belçika'nın ulusal mevzuatında uygulamakta olduğu Meslek Hastalıkları Listesi bulunmaktadır<sup>160</sup>. Bu listede bulunan hastalıklara maruz kalan kişinin hastalığının mesleki faaliyetinden kaynaklandığını illiyet bağı içerisinde kanıtlaması halinde listede olmasa dahi haklardan yararlanması mümkün olabilecektir.

Danimarka'da karma yöntem uygulanmaktadır<sup>161</sup>. Bir kişinin işyerinde hastalığa maruz kalması durumunda iş ile bağı kurulabilen hastalıklar listelenmiştir. Meslek Hastalıkları Listesi, Meslek Hastalıkları Komitesi tarafından yapılan araştırmalar ile sürekli olarak güncellenmektedir. Hastalık ve hastalığa neden olan maruziyet, meslek hastalıkları listesinde yer alıyorsa meslek hastalığı olarak kabul edilecektir. Hastalık, meslek hastalığı listesinde yer almıyorsa Meslek Hastalıkları Kurulunun tavsiyelerinde şüpheden öte kesin olduğunun belirtilmesi durumunda meslek hastalığı olarak kabulü de mümkündür. Bu durumda hastalık meslek hastalıkları listesine de dahil edilir.

Portekiz'de de karma yöntem uygulanmaktadır. Meslek Hastalıkları Listesinde yer alan ve mesleğin ifası ile ilgili, çalışma koşullarının ve kullanılan tekniklerin sonucu olarak işçinin maruz kaldığı hastalık, meslek hastalığı olarak kabul edilmektedir. Listede yer almamakla birlikte işçinin mesleğinin gereği ve doğal sonucu olduğunun kanıtlanması durumunda yine meslek hastalığı olarak kabul edilecektir<sup>162</sup>.

Almanya'da kişinin mesleğini icra etmesi nedeniyle oluşan hastalıkların meslek hastalığı olduğu kabul edilmekte ve meslek hastalıkları listesini uygulamakta, listede olmayan bir hastalığın kişinin mesleki faaliyeti ile olduğunun kanıtlanması halinde yine meslek hastalığı olarak kabul edilmektedir<sup>163</sup>. Listede olmayan bir hastalığın meslek hastalığı sayılabilmesi için Alman Yasal Kaza Sigortasının 9. maddesinde belirtildiği şekilde hastalığın tıp bilimine göre belirlenmiş özel etkenler sonucunda meydana gelmesi ve sigortalı faaliyeti gösteren belirli bir kişi grubunun hastalığa yol açan etkenlere halkın kalanına nazaran oldukça yüksek oranda maruz kalması gerekmektedir<sup>164</sup>.

İspanya'da ise liste yöntemi uygulanmakta ve belirli mesleki faaliyetlerin yapılmasından kaynaklanan hastalıkların meslek hastalığı olduğu, bir hastalığın meslek hastalığı olarak kabul edilebilmesi için mutlaka listede yer alması gerektiği kabul edilmektedir<sup>165</sup>.

<sup>159</sup> Detaylı bilgi için bakınız s.25-27.

<sup>160</sup> [https://fedris.be/sites/default/files/assets/EN/European\\_forum/od\\_and\\_oa\\_a\\_closer\\_look.pdf](https://fedris.be/sites/default/files/assets/EN/European_forum/od_and_oa_a_closer_look.pdf) (E.t 02.09.2022).

<sup>161</sup> [https://www.ilo.org/dyn/legosh/en/f?p=14100:1100:0::NO::P1100\\_ISO\\_CODE3,P1100\\_SUB-CODE\\_CODE,P1100\\_YEAR:DNK,,2014](https://www.ilo.org/dyn/legosh/en/f?p=14100:1100:0::NO::P1100_ISO_CODE3,P1100_SUB-CODE_CODE,P1100_YEAR:DNK,,2014), (E.t 02.09.2022).

<sup>162</sup> <https://ec.europa.eu/social/main.jsp?catId=1125&langId=en&intPageId=5046>, (E.t 02.09.2022).

<sup>163</sup> <https://ec.europa.eu/social/main.jsp?catId=1111&intPageId=4552&langId=en>, (E.t 03.09.2022).

<sup>164</sup> Ayrıntılı bilgi için Akdeniz, Meslek Hastalığı Kavramı Üzerine, s.73 vd.

<sup>165</sup> <https://ec.europa.eu/social/main.jsp?catId=1129&intPageId=4794&langId=en>, (E.t 02.09.2022).

Hollanda'da diğer birçok ülke uygulamasının aksine Meslek Hastalıkları Listesi bulunmamakta, kanıtlama usulüne dayalı olarak meslek hastalığı tespit edilmektedir<sup>166</sup>.

### C. TÜRK HUKUKUNDA

Meslek hastalığı, 5510 Sayılı Kanunun 14. maddesinde düzenlenmiş ve hangi hallerin meslek hastalığı sayılacağı, iş kazası ve meslek hastalığı bildirgesinin şekli ve içeriği, verilme usulü ile bu maddenin uygulanmasına ilişkin diğer usul ve esaslar, Kurum tarafından çıkarılan yönetmelikte<sup>167</sup> düzenlenmiştir.

Uluslararası Belgelerde tavsiye edildiği şekilde hukukumuzda meslek hastalığı olup olmaması bakımından karma yöntem benimsenmiştir<sup>168</sup>. Hangi hastalıkların meslek hastalığı sayılacağı ve bu hastalıkların işten ayrıldıktan en geç ne kadar süre sonra ortaya çıktığı takdirde o işten ileri gelmiş kabul edileceği Yönetmelikte belirtilmiştir (Yönetmelik m.2).

#### 1. Listede Yer Alması

Çalışma Gücü ve Meslekte Kazanma Gücü Kaybı Oranı Tespit İşlemleri Yönetmeliğinin 18. maddesine göre “Meslek Hastalıkları Listesi”nde yer alan hastalıklar (Yönetmelik Ek-2), beş ana grup altında toplanmıştır. Meslek Hastalıkları Listesine göre; A grubu, kimyasal maddelerle olan meslek hastalıkları; B grubu, meslekî cilt hastalıkları; C grubu, pnömokonyozlar ve diğer meslekî solunum sistemi hastalıkları; D grubu, mesleki bulaşıcı hastalıklar; E grubu, fizik etkenlerle olan meslek hastalıkları olmak üzere beş grupta toplanmıştır<sup>169</sup>. Bu listenin sol sütununda zararlı ajanın meydana getirdiği başlıca hastalıklar ve belirtileri, orta sütununda yükümlülük süreleri, sağ sütununda hastalık tehlikesi olan başlıca işler yer almaktadır. Bir hastalığın Meslek Hastalıkları Listesinde yer alması ve çalışması ile ilişkisinin kurulması halinde ayrıca illiyet bağının varlığının ispatına gerek kalmayacaktır<sup>170</sup>.

Çalışma Gücü ve Meslekte Kazanma Gücü Kaybı Oranı Tespit İşlemleri Yönetmeliğinin 19. maddesinde meslekî bulaşıcı hastalıklar ile ilgili olarak hastalığın tespitine yönelik özel bir hüküm yer almaktadır. Buna göre; Listenin D grubunda yer alan bulaşıcı hastalıkların, görülen işin niteliği veya işyerinin özel koşullarının etkisiyle oluşması ve enfeksiyonun laboratuvar bulguları ile de kanıtlanması gerekmektedir. Ayrıca bu Listede yer almamakla birlikte iş ve görev gereği olarak bulaştığı kesin olarak saptanan diğer bulaşıcı hastalıklar da teşhisin laboratuvar deneyleriyle kanıtlanması halinde meslek hastalığı sayılacaktır. Bu durumda Listede olmayan ancak saptanan bulaşıcı hastalıkların yükümlülük süresi, hastalığın en uzun kuluçka süresi olarak dikkate alınacaktır.

<sup>166</sup> <https://www.beroepsziekten.nl/content/beroepsziekten>, (E.t 04.10.2022).

<sup>167</sup> Çalışma Gücü ve Meslekte Kazanma Gücü Kaybı Oranı Tespit İşlemleri Yönetmeliği, Kurum: Sosyal Güvenlik Kurumu, RG 11.10.2008/ 27021.

<sup>168</sup> Akdeniz, *Meslek Hastalığı Kavramı Üzerine*, s.72.

<sup>169</sup> Uluslararası Çalışma Örgütü ise solunum sistemi, cilt hastalıkları, kas iskelet sistemi bozuklukları, psikolojik ve davranışsal bozuklukları olarak beş ana grup altında toplayarak meslek hastalıkları listesi oluşturmuştur, Baloğlu, Avrupa Birliği ve Türkiye'de İş Sağlığı ve Güvenliği, s.14; Coşan, “*Sosyal Güvenlik Sistemimizde İş Kazası ve Meslek Hastalığı Kavramı ve İşverenin Hukuki Sorumluluğu*”, s.38; Güzel, Okur ve Caniklioğlu, *Sosyal Güvenlik Hukuku*, s.403.

<sup>170</sup> Durmuş, “*COVID-19'un İş Kazası ve Meslek Hastalığı Bakımından Değerlendirilmesi*”, s.386.

## 2. Listede Yer Almaması

Meslek Hastalıkları Liste yönteminin uygulandığı ülkelerde listenin sürekli güncel tutulması büyük önem taşımaktadır. Sigortalının işin devamı sırasında tespit edilen hastalığı Listede yer almıyorsa, bu durum sigortalının aleyhine sonuçlar doğuracak ve hak kayıplarına neden olacaktır. Karma yöntemin uygulandığı ülkelerde Meslek Hastalığı Listesinin tıp bilimindeki gelişmelere göre yeni hastalıkları içerecek şekilde güncellenmesi zaman alacaktır. Karma yöntem ile Listede yer almayan hastalıkların da belli koşulların gerçekleşmesi halinde meslek hastalığı sayılmasına imkân tanınmıştır<sup>171</sup>.

Karma yöntemin uygulandığı ülkelerde sigortalının maruz kaldığı hastalık, Listede yer almasa dahi hastalığın işin niteliğinden veya yürütümünden kaynaklandığını ispat etmesi halinde meslek hastalığı olarak kabul edilecektir<sup>172</sup>.

Çalışma Gücü ve Meslekte Kazanma Gücü Kaybı Oranı Tespit İşlemleri Yönetmeliğinde Ek-2’de yer alan Meslek Hastalıkları Listesindeki yükümlülük süresi aşılmış olsa da herhangi bir meslek hastalığının klinik ve laboratuvar bulgularıyla kesinleştiği ve meslek hastalığına yol açan etkenin, işyeri incelenmesiyle kanıtlandığı durumlarda söz konusu hastalık, Sosyal Sigorta Yüksek Sağlık Kurulunun kararı ile meslek hastalığı sayılabilecektir (Yönetmelik m.17/2). Yargıtay bir kararında Meslek Hastalıkları Listesinde yer almayan bir hastalığın, Sosyal Sigorta Yüksek Sağlık Kurulu kararına göre meslek hastalığı sayılması için diğer şartların da varlığının gerekli olduğunu belirtmiştir<sup>173</sup>.

## III. LİSTE YÖNTEMİNİN MESLEK HASTALIKLARININ ÖNLENMESİNE ETKİSİ

6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu ile 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunundaki meslek hastalığı tanımlamaları<sup>174</sup> benzer noktaları içermekte ise de Kanunların düzenleniş amacı farklılık taşımaktadır.

5510 Sayılı Kanun’un amacı, “sosyal sigortalar ve genel sağlık sigortası bakımından kişileri güvence altına almak; bu sigortalardan yararlanacak kişileri ve sağlanacak hakları, bu haklardan yararlanma şartları ile finansman ve karşılanma yöntemlerini belirlemek; sosyal sigortaların ve genel sağlık sigortasının işleyişi ile ilgili usûl ve esasları düzenlemektir” (m.1). 6331 Sayılı Kanun’un amacı ise “işyerlerinde iş sağlığı ve güvenliğinin sağlanması ve mevcut sağlık ve güvenlik şartlarının iyileştirilmesi için işveren ve çalışanların görev, yetki, sorumluluk, hak ve yükümlülüklerini düzenlemektir.” (m.1). Çalışanların meslek hastalıklarına yakalanmalarını önlemeye yönelik uygun çalışma ortamında bulunmalarını sağlamak amacıyla alınması

<sup>171</sup> Akdeniz, *Meslek Hastalığı Kavramı Üzerine*, s.72.

<sup>172</sup> Sümer, *İş Sağlığı ve Güvenliği Hukuku*, 112; Korkusuz ve Uğur, *Sosyal Güvenlik Hukuku*, s.273; İşçi, *Temel Kavramlar ve Meslek Hastalığının Tarihsel Gelişimi*, s.120; Durmuş, “COVID-19’un İş Kazası ve Meslek Hastalığı Bakımından Değerlendirilmesi”, s.385.

<sup>173</sup> Yargıtay 21 HD, 6648/6334 13.10.1997, Güneş, *Türk Borçlar Kanunu ile İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu Çerçevesinde İşverenin İş Kazası ve Meslek Hastalığından Doğan Sorumluluğunun Hukuki Niteliği*, s.123.

<sup>174</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz. 6. vd

gereken önlemlerin tamamı, iş sağlığı ve güvenliği olarak nitelendirilebilir<sup>175</sup>. İş sağlığı ve güvenliği, çalışanların yaşama hakkına, beden ve ruh bütünlüğünün korunmasına hizmet etmektedir<sup>176</sup>. 6331 sayılı Kanun, önleyici sosyal güvenlik işlevinin yerine getirilmesini sağlayarak sigortalının riskle karşılaşmasını engellemekte, 5510 sayılı Kanun ise riskin gerçekleşmesi halinde meslek hastalığına maruz kalan sigortalı için onarıcı sosyal güvenlik işlevini Sosyal Güvenlik Kurumunun kaynakları ile sağlamaktadır<sup>177</sup>. Bu anlamda sosyal risklere karşı iki Kanun birbirini tamamlar niteliktedir.

Sosyal güvenlik hukuku açısından meslek hastalığı, ortaya çıkan sosyal riske karşı maddi tazmin ve tedavi yönüyle ele alınırken; iş sağlığı ve güvenliği hukuku, sosyal riskin ortaya çıkmasının önlenmesini hedeflemektedir<sup>178</sup>. Önleme ise işyerinde yürütülen işlerin her aşamasında iş sağlığı ve güvenliği ile ilgili her türlü tehlikeden kaynaklanacak kayıp, yaralanma veya başka türlü zararlı sonuçların meydana gelmesini engellemek için planlanan ve alınan tedbirlerin tümüdür (6331 sayılı Kanun m.3).

Çalışanların işyerindeki çalışma koşullarının iyileştirilmesi, vücut bütünlüğünün korunması kişilerin Anayasa<sup>179</sup> ile güvence altına alınan haklarından. Herkes, yaşama maddi ve manevi varlığını koruma hakkına sahiptir (Anayasa m.17). Çalışanların işyerinde maruz kalabilecekleri mesleki risklere karşı korunması için gerekli önlemlerin alınması, iş sağlığı ve güvenliği hukukunun gereğidir. Gerekli önlemler alınmasına rağmen karşılaşılabilecek risklere karşı ortaya çıkan hak kayıplarının giderilmesi ise sosyal güvenlik hukukunun sağladığı bir güvencedir. Herkes, sosyal güvenlik hakkına sahiptir ve Devlet bu güvenliği sağlamak amacıyla gerekli tedbirleri almak ve teşkilatı kurmak zorundadır (Anayasa m.60).

Meslek hastalıkları, günümüzde tüm ülkelerin en önemli ekonomik ve sosyal sorunlarından biridir<sup>180</sup>. Meslek hastalığı, gerekli önlemlerin alınması halinde yüzde yüz önenebilir<sup>181</sup>. Meslek hastalığının oluşmasını önleyecek tedbirlerin alınmaması halinde ise meslek hastalığı kaçınılmazdır.

İş sağlığı ve güvenliği hukukunun doğru ve etkin şekilde işlemesi ve çalışanların mesleki risklere karşı korunması için gerekli önlemlerin alınması durumunda aslında sosyal güvenlik hukuku kapsamında maddi tazmin ve tedavi amaçlı birtakım finansmanlara da ihtiyaç kalmayacaktır. İş sağlığı ve güvenliğine ilişkin düzenlemelerin günün koşullarına uygun hale

<sup>175</sup> Özveri, "İşçi Sağlığı ve Güvenliğinde İşverenin Sorumluluğu: Uluslararası Çalışma Örgütü (ILO) ile Dünya Sağlık Örgütü'nün (WHO) Ortak Komisyon Kararı", s.80.

<sup>176</sup> Sami Ocağ, "Maden ve Yeraltı İşlerinde İş Sağlığı ve Güvenliğine İlişkin Gelişmeler", *Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi*, 12/45, (2015), s.143; Yılmaz ve Yılmaz, "Türkiye'de Kömür Madencilğinde Yaşanan İş Kazalarının Dünya Ülkeleri ile Karşılaştırılması", s.23; Fuat Bayram, "Yeni İş Sağlığı ve Güvenliği Mevzuatımıza Hâkim Olan İlkeler", *Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi*, 2/7, (2005), s.1104, 1110.

<sup>177</sup> Güngör, "İş Kazası ve Meslek Hastalıkları Nedeniyle İşverenlerin Sosyal Güvenlik Kurumu Karşısındaki Tazminat Sorumluluğuna İlişkin Anayasa Hukuku Açısından Bir Değerlendirme", s.726.

<sup>178</sup> Ekmekçi, Akpulat ve Akdeniz, *İş Sağlığı ve Güvenliği Hukuku*, s.209; Akdeniz, *Meslek Hastalığı Kavramı Üzerine*, s.92.

<sup>179</sup> Türkiye Cumhuriyeti Anayasası, Kanun Numarası: 2709, Kabul Tarihi: 18.10.1982, RG 09.11.1982/17863.

<sup>180</sup> Öçal ve Çiçek, "Türkiye ve Avrupa Birliği'nde İş Kazası Verilerinin Karşılaştırmalı Analizi", s.633.

<sup>181</sup> Hüseyinli ve Koç, "Avrupa Birliği ve Türk Hukukunda Meslek Hastalıklarının Kayıt Altına Alınmasına İlişkin Yasal Düzenlemeler", s.457; İlman, "Türkiye'de Meslek Hastalıkları", s.31.



getirilmesi, devlet, işçi ve işverenin ortak çabalarıyla meslek hastalıklarının önlenmesi mümkün olacaktır<sup>182</sup>.

Devlet, çalışanların meslek hastalığına yakalanmaması için hukuk kurallarının uygulanmasını sağlamak, oluşturduğu kurumsal yapı ile işverenlerin hukuk kurallarına uyup uymadığını kontrol etmek, denetimler yapmak ve alınması gereken başka tedbirler varsa bunları tespit ederek yeni hukuk kurallarının oluşturulmasını sağlamakla yükümlüdür<sup>183</sup>.

İş sağlığı ve güvenliğine ilişkin düzenlemelerin yapılmasının temel amacı; mesleki risklerin meydana gelmesinin önlenmesi ve bu sayede çalışanların beden ve ruh sağlığının zarar görmesine engel olunmasıdır.

İş sağlığı ve güvenliğine ilişkin hukuk kurallarının oluşturulmasında işçi ve işveren taraflarının katılımı sağlanarak çalışma koşullarına ilişkin gerçekçi yaklaşımlarla, uluslararası belgelere uygun yasal düzenlemelerin yapılması gereklidir<sup>184</sup>. Oluşturulacak hukuk kurallarına uyulması ve gerekli tedbirlerin eksiksiz alınması halinde çalışanların beden ve ruh sağlığının korunması da mümkün olabilecektir.

Uluslararası Çalışma Örgütü'nün meslek hastalıklarını listelemesinin nedeni; meslek hastalıklarını önlemek için doğru verilere ulaşmak, listede yer alan hastalıkların risk taşıması nedeniyle önleyici hukuk kurallarının ve bu kurallara uyulup uyulmadığını kontrol edecek denetim sisteminin oluşturulmasıdır. Uluslararası Çalışma Örgütü'nün bazı hastalıkların meslek hastalığı olarak kabul edilerek istatistiksel verilerin raporlanması ve bu kapsamda birtakım araştırmalar yapılmasının temel dayanağı budur<sup>185</sup>. Avrupa Birliği'nin Tavsiye Kararı ve Dünya Sağlık Örgütü'nün çalışmaları da bu yöndedir.

Uluslararası Çalışma Örgütü'ne göre meslek hastalıkları istatistiklerinde yıllar içinde görülen artış, kişilerin maruz kaldığı hastalıkların kayıt altına alınmasından kaynaklanmaktadır<sup>186</sup>. Doğru ve etkin bir veri sisteminin oluşturulması, meslek hastalıklarının önlenmesi açısından önemlidir. Kayıt altına alınmayan küçük ve orta ölçekli işletmeler, tarım işyerlerinde çalışanlar ve kayıt dışı istihdam edilenler meslek hastalığına daha fazla maruz kalmalarına ve iş gücünün bir kısmını oluşturmalarına rağmen etkin bir denetim sistemi yürütülemediğinden önleyici ve tazmin edici düzenlemelerden yararlanamamaktadır<sup>187</sup>. Bu nedenle kayıt dışı çalışmak, sosyal güvenlik hakkına ulaşamamasının temel nedenlerinden birisidir<sup>188</sup>. Diğer yandan

<sup>182</sup> International Labour Organization, “*The Prevention of Occupational Diseases Report*”, s.8.

<sup>183</sup> Genco Ayazen, “İş Kazalarının Önlenmesinde Uzun Vadeli Strateji: Güvenlik Kültürü ve Farkındalık”, *Sosyal Güvenlik Dünyası Dergisi*, 92, (2014), s.20, 21.

<sup>184</sup> Limon, “*Türk Hukuk Sisteminde İş Sağlığı ve Güvenliği*”, s.230; Seratlı, “*4857 Sayılı İş Kanunu'na Göre İş Sağlığı ve Güvenliği*”, s.1131.

<sup>185</sup> Seyhan Şen, Gülşen Barlas, Selçuk Yakıştıran, İlknur G. Derin, Berna A Şerifi, Ahmet Özlü, Lutgart Braeckman, Gert van der Laan and Frank van. Dijk, “Prevention of Occupational Diseases in Turkey: Deriving Lessons From Journey of Surveillance”, *Safety and Health at Work*, 10, (2019), s.420, 421. <https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S2093791118304682>, (Date of Access 11.10.2022).

<sup>186</sup> International Labour Organization, “*The Prevention of Occupational Diseases Report*”, s.4.

<sup>187</sup> International Labour Organization, “*The Prevention of Occupational Diseases Report*”, s.7.

<sup>188</sup> Emrah Çetin, *Ulusal ve Uluslararası Hukuk Boyutuyla Sosyal Güvenlik Hakkı ve Etkinleştirilmesi (Covid-19 Pandemisiyle)*, Ankara: Yetkin Yayıncılık, 2021, s.285.

6331 sayılı Kanun, büyük oranda çalışanları kapsarken<sup>189</sup> 5510 sayılı Kanun bazı sigortalıları kapsam dışında bırakmıştır<sup>190</sup>.

Ülkemizde Uluslararası belgelerdeki düzenlemelere uygun şekilde 6331 Sayılı Kanun ve çıkarılan birçok yönetmelik<sup>191</sup>, evrensel standartlarda olup meslek hastalıklarının önlenmesi bakımından önemlidir<sup>192</sup>.

<sup>189</sup> 6331 sayılı Kanununun 2. maddesi “kamu ve özel sektöre ait bütün işlere ve işyerlerine, bu işyerlerinin işverenleri ile işveren vekillerine, çırak ve stajyerler de dâhil olmak üzere tüm çalışanlarına faaliyet konularına bakılmaksızın uygulanır.

Ancak aşağıda belirtilen faaliyetler ve kişiler hakkında bu Kanun hükümleri uygulanmaz: a) Fabrika, bakım merkezi, dikimevi ve benzeri işyerlerindeki hariç Türk Silahlı Kuvvetleri, genel kolluk kuvvetleri ve Milli İstihbarat Teşkilatı Müsteşarlığının faaliyetleri b) Afet ve acil durum birimlerinin müdahale faaliyetleri c) Ev hizmetleri ç) Çalışan istihdam etmeksizin kendi nam ve hesabına mal ve hizmet üretimi yapanlar d) Hükümlü ve tutuklulara yönelik infaz hizmetleri sırasında, iyileştirme kapsamında yapılan işyurdu, eğitim, güvenlik ve meslek edindirme faaliyetleri.

<sup>190</sup> 5510 sayılı Kanununun 6. maddesine göre; Bu Kanunun kısa ve uzun vadeli sigorta kolları hükümlerinin uygulanmasında; a) İşverenin işyerinde ücretsiz çalışan eşi b) Aynı konutta birlikte yaşayan ve üçüncü derece dahil bu dereceye kadar hısımlar arasında ve aralarına dışardan başka kimse katılmaksızın, yaşadıkları konut içinde yapılan işlerde çalışanlar c) Ev hizmetlerinde çalışanlar (Kanununun ek 9 uncu maddesinin ikinci fıkrası kapsamında sigortalı olanlar ile ücretle aynı kişi yanında ay içinde 10 gün ve daha fazla süreyle çalışanlar hariç) d) Askerlik hizmetlerini er ve erbaş olarak yapmakta olanlar ile yedek subay ve yedek astsubay okulu öğrencileri e) Uluslararası sosyal güvenlik sözleşmeleri hükümleri saklı kalmak kaydıyla; yabancı bir ülkede kurulu herhangi bir kuruluş tarafından ve o kuruluş adına ve hesabına Türkiye'ye üç ayı geçmemek üzere bir iş için gönderilen ve yabancı ülkede sosyal sigortaya tabi olduğunu belgeleyen kişiler ile Türkiye'de kendi adına ve hesabına bağımsız çalışanlardan, yurt dışında ikamet eden ve o ülke sosyal güvenlik mevzuatına tabi olanlar f) Yüksek okullarda fiilen normal eğitim süreleri içinde yapılan, tatbik mahiyetteki yapım ve üretim işlerinde çalışan öğrenciler g) Sağlık hizmet sunucuları tarafından işe alınılmakta olan veya rehabilite edilen, hasta veya malûller h) 4 üncü maddenin birinci fıkrasının (b) ve (c) bentleri gereği sigortalı sayılması gerekenlerden 18 yaşını doldurmamış olanlar ı) Kamu idarelerinde ve Kanununun ek 5 inci maddesi kapsamında sayılanlar hariç olmak üzere, tarım işlerinde veya orman işlerinde hizmet akdiyle süreksiz işlerde çalışanlar ile tarımda kendi adına ve hesabına bağımsız çalışanlardan; tarımsal faaliyette bulunan ve yıllık tarımsal faaliyet gelirlerinden, bu faaliyete ilişkin masraflar düşüldükten sonra kalan tutarın aylık ortalamasının, bu Kanunda tanımlanan prime esas günlük kazanç alt sınırının otuz katından az olduğunu belgeleyenler ile 65 yaşını dolduranlardan talepte bulunanlar k) Kendi adına ve hesabına bağımsız çalışanlardan gelir vergisinden muaf olup, esnaf ve sanatkâr siciline kayıtlı olanlardan, aylık faaliyet gelirlerinden bu faaliyetine ilişkin masraflar düşüldükten sonra kalan tutarı, prime esas günlük kazanç alt sınırının otuz katından az olduğunu belgeleyenler l) Kamu idarelerinin dış temsilciliklerinde istihdam edilen ve temsilciliğin bulunduğu ülkede sürekli ikamet izni veya bu devletin vatandaşlığını da haiz bulunan Türk uyruklu sözleşmeli personelden, bulunduğu ülkenin sosyal güvenlik kurumunda sigortalı olduğunu belgeleyenler ile kamu idarelerinin dış temsilciliklerinde istihdam edilen sözleşmeli personelin uluslararası sosyal güvenlik sözleşmeleri çerçevesinde ve temsilciliğin bulunduğu ülkenin ilgili mevzuatının zorunlu kıldığı hallerde, işverenleri tarafından bulunulan ülkede sosyal sigorta kapsamında sigortalı yapılanlar m) Gençlik ve Spor Bakanlığı, Spor Genel Müdürlüğü, Türkiye Futbol Federasyonu, bağımsız spor federasyonları tarafından yapılan her türlü gençlik ve spor faaliyetleri ile bu faaliyetlerle ilgili kamp, eğitim ve hazırlık çalışmalarında süreklilik arz etmeyecek şekilde görevlendirilenler n) 30 uncu maddenin üçüncü fıkrasının (b) bendi kapsamında olanlar hariç olmak üzere, yaşlılık aylığı almaktayken bu aylıkları kesilmeksizin 4 üncü maddenin birinci fıkrasının (b) bendi kapsamında çalışanlar 4 üncü ve 5 inci maddelere göre sigortalı sayılmaz.

<sup>191</sup> Çalışanların Titreşimle İlgili Risklerden Korunmalarına Dair Yönetmelik (RG 22.08.2013/28743), Kimyasal Maddelerle Çalışmalarda Sağlık ve Güvenlik Önlemleri Hakkında Yönetmelik (RG 12.08.2013/28733), Kanse-rojen veya Mutajen Maddelerle Çalışmalarda Sağlık ve Güvenlik Önlemleri Hakkında Yönetmelik (RG 06.08.2013/28730), Çalışanların Gürültü İle İlgili Risklerden Korunmalarına Dair Yönetmelik (RG 28.07.2013/28721), Biyolojik Etkenlere Maruziyet Risklerinin Önlenmesi Hakkında Yönetmelik (RG 15.06.2013, 28648), Çalışanların İş Sağlığı ve Güvenliği Eğitimlerinin Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik (RG 15.05.2013/28648), Asbestle Çalışmalarda Sağlık ve Güvenlik Önlemleri Hakkında Yönetmelik (RG 25.01.2013, 28539), <https://kms.kaysis.gov.tr/Home/kurum/24304011>, (E.t 11.10.2022).

<sup>192</sup> Baloğlu, *Avrupa Birliği ve Türkiye'de İş Sağlığı ve Güvenliği*, s.101; Ayazen, “*İş Kazalarının Önlenmesinde Uzun Vadeli Strateji: Güvenlik Kültürü ve Farkındalık*”, s.21.



Hukuk kurallarına uyulmamasının sonucu, yaptırımdır. Hukuk düzeni içerisinde kurallara uyulmaması halinde hukuk kurallarının koyduğu yaptırımlar ile karşı karşıya kalınacaktır<sup>193</sup>. Kamu hukuku yaptırımlarının içerisinde yer alan ceza yaptırımlarının acı verici olma niteliği ve önleyici fonksiyonu bulunmaktadır<sup>194</sup>.

Kamu hukuku yaptırımları içerisinde yer alan idari yaptırım ise yargı kararına gerek olmaksızın Kanunun açıkça yetki verdiği veya yasaklamadığı durumlarda idarenin doğrudan doğruya idare hukukuna özgü işlemlerle vermiş olduğu cezalardır<sup>195</sup>. Anayasa Mahkemesi, idari yaptırımı “*İdarenin, bir yargı kararına gerek olmaksızın yasaların açıkça verdiği yetkiye dayanarak, İdare Hukukuna özgü yöntemlerle, doğrudan doğruya uyguladığı yaptırımlar*” olarak tanımlamıştır<sup>196</sup>. İdare, çalışanların sağlığını korumakla, meslek hastalığının oluşmasını önlemekle yükümlü olduğundan bu yükümlülüklerini yerine getirirken idari yaptırımları araç olarak kullanmaktadır<sup>197</sup>.

Özel hukuk yaptırımları, kanunda aranan koşulların bulunmaması nedeniyle hukuki işlemin geçersizliği, hukuken yükümlülüğünü yerine getiremeyen kimsenin zor kullanarak yükümlülüğünü yerine getirmek için “*cebri icra*” ve hukuka aykırı ve kusurlu davranışı neticesinde bir kişinin zarara uğraması durumunda zararın aynen veya nakden karşılanması için “*tazminat*” şeklinde ortaya çıkmaktadır<sup>198</sup>. İş sağlığı ve güvenliği hükümlerine aykırılık halinde hukuki yaptırımlar, örneğin meslek hastalığına maruz kalan çalışanın uğradığı zararın giderilmesi yönünde olabilir<sup>199</sup>.

Yaptırımların hukuk kurallarına uyulmasını teşvik etmek şeklinde önleyici rolü bulunduğu gibi uymayanlar yönünden de düzenleyici rolü bulunmaktadır. İdare, kurumsal yapı içerisinde meslek hastalıklarını önleyici hukuk kurallarının etkin ve doğru şekilde uygulanması için idari yaptırımlar oluşturarak işverenlerin kurallara uymasını sağlamayı, uymayanlar açısından da yaptırım uygulanmak suretiyle hukuk düzeninin sağlanmasını amaçlamaktadır.

Uluslararası Çalışma Örgütü, Meslek Hastalıkları Listesini oluştururken öncelikle amaçlanan, listede yer alan hastalıklara maruz kalan kişilerin mevcut zararlarının giderilmesi değil, listede yer alan hastalıkların mesleki nitelikte olduğu ve çalışanların bu hastalıklara maruz kalmasını önleyici tedbirler alınarak çalışanların sağlığının korunmasıdır. İstatistiksel verilerin oluşturulması, meslek hastalıklarının önlenmesinde doğru bir stratejidir<sup>200</sup>. Meslek hastalığına

<sup>193</sup> Haluk Hadi Sümer, *Hukuka Giriş*, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2022, s.42; Mustafa Karabulut, *İdari Yaptırımların Hukuki Rejimi*, Ankara: Turhan Yayıncılık, 2008, s.7; Sema Ayatar Kızılyar, “Ceza Yaptırımı ile İdari Yaptırım Ayrımı”, *Yaşar Üniversitesi E-Dergisi*, 8 (Özel Sayı), (2013), s.1637, 1640. <https://dergipark.org.tr/pub/jyasar/issue/19146/203201>, (E.t 08.10.2022).

<sup>194</sup> M. Yasin Aslan, “İdari Yaptırımlar”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 15, (2009), s. 173, 175. <http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2009-85-564>, (E.t 08.10.2022).

<sup>195</sup> Sümer, *Hukuka Giriş*, s.46; Karabulut, *İdari Yaptırımların Hukuki Rejimi*, s.10; Aslan, “*İdari Yaptırımlar*”, s.177.

<sup>196</sup> Anayasa Mahkemesi, 43/60, 13.05.2004, (Sinerji).

<sup>197</sup> Aslan, “*İdari Yaptırımlar*”, s.181; Limon, “*Türk Hukuk Sisteminde İş Sağlığı ve Güvenliği*”, s.233; ayrıntılı bilgi için Seratlı, “*4857 Sayılı İş Kanunu’na Göre İş Sağlığı ve Güvenliği*”, s.1137.

<sup>198</sup> Kızılyar, “*Ceza Yaptırımı ile İdari Yaptırım Ayrımı*”, s.1641; Sümer, *İş Sağlığı ve Güvenliği Hukuku*, s.49 vd.

<sup>199</sup> Ekin, *İş Sağlığı ve Güvenliğine İlişkin Yükümlülüklerle Uymamanın Sonuçları (İşveren Açısından)*, s.113.

<sup>200</sup> Yücel Demiral, “Türkiye’de Meslek Hastalıkları Tartışmasına Katkı”, *Madde, Diyalektik ve Toplum Dergisi*, 5/1, (2022), s.54. <https://bilimveaydinlanma.org/madde-diyalektik-ve-toplum-cilt-5-sayi-1/>, (E.t 20.09.2022),

yakalanan kişilerin istatistiksel verilerinin oluşturulmasıyla mevcut düzenlemelerin geliştirilmesi sağlanmaktadır<sup>201</sup>. Listelerin güncel olması ve günün koşullarına uygun hale getirilmesi de bu anlamda önemlidir. Ülkemizde Meslek Hastalıkları Listesi koruma, kayıt ve bildirim görevini yerine getirmemekte, çoğunlukla tedavi ve sigortacılık alanında kendini göstermektedir<sup>202</sup>.

Liste, çalışanların günümüzde işin niteliğine bağlı olarak ve işin yürütüm şartları yüzünden maruz kaldığı hastalıkların tamamını içermemekte, bu yönüyle maalesef yetersiz kalmaktadır. Bu durumda çalışanlar, meslek hastalıklarına maruz kaldığını illiyet bağını kurmak suretiyle kanıtlamak durumunda kalacaktır. Yargısal sürecin uzunluğuna bağlı olarak geciken adalet, çalışanların mağduriyetini gidermeyeceğinden yargı süreci sonunda işverenler bir yaptırım ile karşılaşacak olsa dahi sürecin uzun olması nedeniyle hem meslek hastalığına yakalanan kişinin hem de diğer çalışanların meslek hastalığına maruziyeti devam edecektir.

Meslek hastalıklarında sosyal koruma yetersizliği aslında en büyük engeldir<sup>203</sup>. Ülkemizde iş sağlığı ve güvenliğinin sağlanmasına yönelik idari, cezai ve hukuki yaptırımlar yeterli değildir<sup>204</sup>. Hukuk kurallarının önleyici işlevinin yetersiz kalması ve hukuk kurallarının uygulanmaması halinde yaptırımların oldukça etkili olması gerekir. Aksi halde hukuk kurallarına uyulmasının sağlanması da güçleşmiş olacaktır.

Kurumsal yapı içerisinde oluşturulan Ulusal İş Sağlığı ve Güvenliği Konseyinin ulusal iş sağlığı ve güvenliği politika ve stratejileri için önerilerde bulunmak, işverenlerin iş sağlığı ve güvenliği ile ilgili konularda eğitimleri, bilgilendirilmeleri, bilinçlendirilmeleri ile iş sağlığı ve güvenliği kültürünün oluşturulması konusunda görüş bildirmek ve iş sağlığı ve güvenliği mevzuatının uygulanmasını izlemek, görüş ve önerilerde bulunmak gibi daha birçok önemli görevi bulunmaktadır. Bu görevlerin etkin şekilde yerine getirilmesi, meslek hastalığının önlenmesi bakımından çok önemli bir yere sahiptir. Ülkemizde meslek hastalığının bu kadar artmış olması, Konseyin görevlerini de etkin şekilde yerine getirmediğini göstermektedir. Meslek hastalıklarının oluşmasına yetersiz eğitimler ve bu konuda gerekli bilincin bulunmaması da neden olmaktadır<sup>205</sup>. Verilecek eğitimlerin çalışanın işyerindeki çalışma alanına göre değişmesi gerekmekte, eğitim konularının ve seviyelerinin işçinin durumuna uygun şekilde belirlenmesi ve eğitimlerin mutlaka teorik ve pratik şeklinde yapılması gerekmektedir<sup>206</sup>.

Meslek hastalıklarının önlenmesi için her mesleğin çalışma şartlarına ve koşullarına uygun korunma yöntemleri uygulandığında, tehlike kaynağında kontrol altına alınıp gerekli risk

<sup>201</sup> İlman, "Türkiye'de Meslek Hastalıkları", s.35.

<sup>202</sup> Demiral, "Türkiye'de Meslek Hastalıkları Tartışmasına Katkı", s.55.

<sup>203</sup> Hüseyinli ve Koç, "Avrupa Birliği ve Türk Hukukunda Meslek Hastalıklarının Kayıt Altına Alınmasına İlişkin Yasal Düzenlemeler", s.457.

<sup>204</sup> Ayrıntılı bilgi için bakınız Özveri, "İşçi Sağlığı ve Güvenliğinde İşverenin Sorumluluğu: Uluslararası Çalışma Örgütü (ILO) ile Dünya Sağlık Örgütü'nün (WHO) Ortak Komisyon Kararı", s.109 vd.

<sup>205</sup> Ömer Ekmekçi, "Obligation of Training the Employees on Occupational Health and Safety", *Annales de la Faculte de Droit d'Istanbul*, 37/54, (2005), s.11. <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/6154>, (E.t 03.10.2022).

<sup>206</sup> Ekmekçi, "Obligation of Training the Employees on Occupational Health and Safety", s.17.

çalışmaları yapıldığında meslek hastalıklarının önüne geçilmesi de mümkün olabilecektir<sup>207</sup>. Sadece hukuk kurallarının konulması yeterli olmayıp, etkili denetim sürecinin de işletilmesi gereklidir<sup>208</sup>.

İşverenlerin iş sağlığı ve güvenliği tedbirlerini alıp almadığı, hukuk kurallarına aykırı davranılıp davranılmadığı yapılan denetimlerle kontrol edilmektedir. Bu denetimler esnasında işin niteliğine bağlı olarak meslek hastalığına neden olan etken maddelerin teknolojik araçlardan destek alarak ölçümleri yapılmakta ve sonuçlarına göre raporları müfettişler tarafından hazırlanmaktadır. Yapılan denetimlere rağmen halen işyerinde meslek hastalığına maruz kalan kişilerin olması, denetimlerin işverenler üzerinde yarattığı caydırıcı etkinin de yetersizliğini göstermektedir. Örneğin, pnömokonyoz meslek hastalığına yakalanmaya elverişli bir işyerinde yapılan denetimlerin titizlikle yapılması gereklidir. Denetimde işyerine ait toz ölçümünün istenilen referans aralığında olması durumunda, bilmeliyiz ki bu işyerinde meslek hastalığının ortaya çıkma olasılığı yoktur. Ancak bu işyerinde toz ölçüm sonuçlarına rağmen çalışanların pnömokonyoz hastalığına yakalanması durumunda denetimlerin etkin ve doğru şekilde yapılmadığı veya ölçüm için kullanılan araçların yeterli olmadığı sonucuna ulaşmak hiç de zor değildir.

Denetim, meslek hastalıklarının ortadan kaldırılmasında veya hiç değilse azaltılabilmesinde önemli bir role sahip olmasına rağmen iş müfettişlerinin sayısının yeterli olmaması, denetimin etkin ve doğru şekilde yapılmaması ve sonrasında uygulanan yaptırımların yetersizliği göz göre göre meslek hastalığının oluşmasına zemin hazırlamaktadır<sup>209</sup>. Müfettiş sayısının sigortalı sayısına oranla az olması, denetimin zamanında yapılamamasını da ortaya çıkarmaktadır<sup>210</sup>. Denetimlerin de uygun teknolojik alt yapı ile yapılması gereklidir. Aksi halde sadece bir prosedürün yerine getirilmesi amacına hizmet eden bir fonksiyondan ibaret olacaktır.

Sendikaların, üyelerinin iş sağlığı ve güvenliğine yönelik bilinç düzeyinin artırılmasında önemli yükümlülükleri mevcuttur<sup>211</sup>. Sendikal örgütlenmenin düşük olduğu ülkemizde sendikaların iş sağlığı ve güvenliği yönünden çalışanları bilinçlendirmeleri de mümkün olamamaktadır<sup>212</sup>. Sendikaların etkin bir çalışma ile en azından üyelerinin farkındalığını artırmaya yönelik iş sağlığı ve güvenliği önlemlerine ilişkin yapacakları eğitimlerle meslek hastalıklarını

<sup>207</sup> Ilıman, “Türkiye’de Meslek Hastalıkları”, s.31; [https://isgk.sakarya.edu.tr/sites/isgk.sakarya.edu.tr/file/12\\_Meslek\\_Hastaliklari.pdf](https://isgk.sakarya.edu.tr/sites/isgk.sakarya.edu.tr/file/12_Meslek_Hastaliklari.pdf), (E.t 10.10.2022).

<sup>208</sup> Seratlı, “4857 Sayılı İş Kanunu’na Göre İş Sağlığı ve Güvenliği”, s.1133; Ayzen, “İş Kazalarının Önlenmesinde Uzun Vadeli Strateji: Güvenlik Kültürü ve Farkındalık”, s.21.

<sup>209</sup> International Labour Organization, “The Prevention of Occupational Diseases Report”, s.9; Hüseyinli ve Koç, “Avrupa Birliği ve Türk Hukukunda Meslek Hastalıklarının Kayıt Altına Alınmasına İlişkin Yasal Düzenlemeler”, s.457.

<sup>210</sup> Ayrıntılı bilgi için Eker, *İş Sağlığı ve Güvenliğinde Kamusal Yaptırımlar*, s.85.

<sup>211</sup> Süzek, “İşçilerin İş Sağlığı ve Güvenliği Konusunda Hakları ve Yükümlülükleri”, s.621; Seratlı, “4857 Sayılı İş Kanunu’na Göre İş Sağlığı ve Güvenliği”, s.1156; Bayram, “Yeni İş Sağlığı ve Güvenliği Mevzuatımıza Hâkim Olan İlkeler”, s.1119.

<sup>212</sup> Çetin, *Ulusal ve Uluslararası Hukuk Boyutuyla Sosyal Güvenlik Hakkı ve Etkinleştirilmesi (Covid-19 Pandemisiyle)*, s.290.

önlemek de mümkün olabilecektir. Bunun yanında bağitlanan toplu iş sözleşmelerine iş sağlığı ve güvenliği tedbirlerine uyulması için caydırıcı etkiye sahip hükümler konulabilir<sup>213</sup>.

İş sağlığı ve güvenliği yönünden farkındalığın oluşması için gerekli eğitim, küçük yaştan itibaren verilmelidir. İş sağlığı ve güvenliğinin hayatımızdaki önemini erken yaşlarda kavranması, toplum için yaşamsal öneme sahiptir. Öğrenme, davranışta bir değişimin kalıcı ve uzun süreli ortaya çıkmasıdır<sup>214</sup>. Erken yaşlarda edinilen bilgiler daha kalıcıdır. Kişi, daha sonra karşı karşıya kalacağı durumlara öğrenilen davranışlarla farklı yaklaşımlar gösterecektir. Kişiler, kültürel ve toplumsal çevresiyle etkileşim kurarak yeni davranışlar kazanır<sup>215</sup>. Eğer erken yaşta iş sağlığı ve güvenliğinin önemi verilmezse, çevresi ile etkileşimi sonucunda öğrenilmiş uygun olmayan davranışlarla karşı karşıya kalınması söz konusu olabilecektir. Bu davranışların da değiştirilmesi oldukça zordur. Bu nedenle iş sağlığı ve güvenliği eğitiminin kişilere küçük yaşlarda kazandırılması ve doğru davranışın öğretilmesi için uygun planlama yapılarak eğitim sitemine dahil edilmesi gereklidir<sup>216</sup>. Çalışanların iş sağlığı ve güvenliğinin sağlanması, uzun vadede toplumun refah düzeyinin artmasına, ekonomik kalkınmaya da fayda sağlayacaktır.

## SONUÇ

Meslek hastalığının önlenmesi çalışan için yaşamsal öneme sahiptir ve temel insan hakkıdır. Anayasanın 17. maddesi gereği “herkes, yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir”. Yalnızca ülkemizde değil, uluslararası alanda da meslek hastalığının önlenmesi için gerekli tedbirlerin alınmasına yönelik çalışmalar yapılmaktadır. Uluslararası Çalışma Örgütü’nün kurulduğu 1919 yılında ilk kez bir hastalığın, meslek hastalığı olarak kabul edilmesi, uluslararası alanda meslek hastalığına yönelik çalışmaların başlangıcı olarak kabul edilebilir.

Meslek Hastalıkları Listesinin oluşturulmasıyla birlikte çalışanların işin niteliği veya yürütümü esnasında maruz kaldığı hastalıkların meslek hastalığı olarak kabul edilmesi mümkün hale gelmiştir. Uluslararası Çalışma Örgütü’nün Sözleşme ve Tavsiye Kararlarında ve Avrupa Birliği Direktiflerinde Meslek Hastalıkları Listesine yer verilmiştir. Meslek Hastalıkları Listesinin oluşturulmasının nedeni, Listede yer alan hastalıkların çalışma hayatında risk taşıması, bu hastalıklara ilişkin istatistiklerin oluşturulması, gerekli verilerin toplanarak raporlanması ve bu sayede hastalıklara karşı gerekli önleyici tedbirlerin ivedilikle alınması gerekliliğidir. Önleyici tedbirlerin alınması amacıyla oluşturulan Meslek Hastalıkları Listesi, ülkemizde önleyici tedbirlerin alınmasını sağlamaktan ziyade illiyet bağının kurulmasını kolaylaştırıcı ve listede yer alan hastalığa maruz kalan kişinin fiziken ve ruhen uğradığı zararın tazminini sağlayıcı bir işlevi yerine getirmektedir.

Uluslararası belgelerde meslek hastalıklarının önlenmesine yönelik ciddi çalışmalar yapılmaktadır. Ulusal hukukta da hem taraf olduğumuz sözleşmeler hem de yol gösterici nitelikte

<sup>213</sup> International Labour Organization, “The Prevention of Occupational Diseases Report”, s.9.

<sup>214</sup> <http://formasyon.akdeniz.edu.tr/wp-content/uploads/2020/04/6.-bölüm-sunumu.pdf>, (E.t 11.10.2022).

<sup>215</sup> Mehmet Ali Seven ve Ali Osman Engin, “Öğrenmeyi Etkileyen Faktörler”, *Atatürk Üniversitesi Sosyal Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi*, 12/2, (2008), s.189. <https://dergipark.org.tr/en/download/article-file/32119>, (E.t 11.10.2022).

<sup>216</sup> Şen, Dursun ve Murat, “Türkiye’de İş Kazaları: Avrupa Birliği Ülkeleri Bağlamında Bir Değerlendirme”, s.1185.

olan tavsiye kararları ve direktifler doğrultusunda birtakım düzenlemeler yapılmıştır. Çalışanın mesleki faaliyetini devam ettirirken fiziken ve ruhen sağlığını korumak, sağlıklı bir ortamda çalışmasını sağlamak devletin yükümlülüğündedir. Devlet, bu yükümlülüğünü oluşturduğu kurumsal yapı ile yerine getirmektedir. Kurumsal yapı, meslek hastalığını önlemeye yeterli şekilde oluşturulmuş olmasına rağmen halen meslek hastalıklarının sayısının artıyor olması, bu oluşturulan yapının etkin ve düzgün çalışmadığını ortaya koymaktadır. Yeterli denetim sisteminin olmaması, denetimin yeterli sayıda müfettiş tarafından sık aralıklarla yapılmaması, işyerlerinde yapılan denetimlerde yeterli teknolojik sistemlerin kullanılmaması, meslek hastalıklarının önlenmesini zorlaştırmaktadır. İşverenin iş sağlığı ve güvenliği yönünden yükümlülüklerini yerine getirip getirmediğini kontrol etmek, yükümlülüğünü yerine getirmemişse denetim mekanizmasını doğru işleterek gerekli ölçümleri doğru bilgiye ulaşmamızı sağlayacak etkin araçlarla yerine getirmek gereklidir. Aksi halde denetim süreci sonunda hazırlanan raporda yükümlülüklerini yerine getirmiş bir işvereni görürken, aynı işyerinde işçilerin meslek hastalıklarına yakalanmasıyla karşı karşı kalabiliriz. Bu durumda çalışanların meslek hastalığına yakalanmasında devletin de sorumluluğundan bahsetmek gerekecektir.

İş sağlığı ve güvenliği tedbirlerinin yaşamsal öneme sahip olduğu küçük yaşta davranış olarak kazandırılırsa daha sonra verilecek eğitimler de daha anlamlı hale gelmiş olacaktır. Bu nedenle uzun vadeli planlama yapılarak okul öncesi eğitimden başlamak üzere eğitim sistemimiz içerisinde iş sağlığı ve güvenliğinin ders olarak verilmesi gerekmektedir.

Uluslararası Çalışma Örgütü'nün Meslek Hastalıkları Listesini oluşturmasındaki nedenlerden bir diğeri; verilerin depolanmasını sağlamak ve istatistiksel bilgilere ulaşmaktır. Bu sayede hangi meslek hastalıklarının daha çok görüldüğü ve önlemlerin hangi noktada yetersiz kaldığı da anlaşılacaktır. Uluslararası Çalışma Örgütü'nün hazırladığı Listede yer alan hastalıkların bir kısmı, halen ülkemizde meslek hastalığı olarak listeye dahil edilmemiştir. Bu yönüyle Listemizin de güncellenmesi önem arz etmektedir. Farklı çalışma alanlarının ortaya çıkması ve çalışanların farklı hastalıklara maruz kalması bunu zorunlu hale getirmektedir. Örneğin Uluslararası Çalışma Örgütü'nün hazırladığı Listede psikolojik hastalıklar meslek hastalığı olarak kabul edilmişken ülkemizde bu hastalıklar halen listede yer almamaktadır. Diğer yandan ülkemizde kayıt dışı istihdamın fazla olması nedeniyle istatistiklerimiz gerçek durumu yansıtmamaktadır. Elimizdeki veriler, yalnızca tespit edilebilen meslek hastalıklarının sayısını göstermektedir. Tespiti yapılamayan daha birçok meslek hastalığının bulunduğunu söylemek mümkündür.

Meslek hastalığı yüzde yüz önlenemez, ancak gerekli tedbirler alınmazsa kaçınılmazdır. Uluslararası belgelerde yer alan meslek hastalıklarını önlemeye yönelik düzenlemeler, Devletin oluşturduğu kurumsal yapı altında zamanında ve doğru işlerse meslek hastalıklarının önüne geçmek mümkün hale gelecektir.

## KAYNAKÇA

- Akdeniz, Ayşe Ledün. “İşverenin İş Kazası ve Meslek Hastalığından Doğan Zararlardan Sorumluluğunun Hukuki Niteliği”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası. 72/2 (2014), s.3-29. <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/97911>. (E.t 30.09.2022).
- Akdeniz, Ayşe Ledün. *Meslek Hastalığı Kavramı Üzerine*, İstanbul: Beta Yayıncılık, 2015.
- Akın, Haydar. “Tıp Tarihi Yazımında Yöntem; Hastalık Kavramı ve Hastalık Tanımı”, [https://www.academia.edu/37354551/Tip\\_Tarihi\\_Yaziminda\\_Yontem\\_Hastalik\\_Kavrami\\_ve\\_Hastalik\\_Tanimi](https://www.academia.edu/37354551/Tip_Tarihi_Yaziminda_Yontem_Hastalik_Kavrami_ve_Hastalik_Tanimi), (E.t 14.06.2022).
- Akkışla, H. Sena. “İş Kazası ve Meslek Hastalığı Sebebiyle İşverenin Yarışan Sorumluluğu”, İstanbul Barosu Dergisi, 96/1, (2022), s.145-166, <https://www.istanbulbarosu.org.tr/files/yayinlar/dergi/ibd20221/148/>. (E.t 30.09.2022).
- Alper, Yusuf. *Sosyal Sigortalar Hukuku*, Bursa: Dora Yayıncılık, 2020.
- Aslan, M. Yasin. “İdari Yaptırımlar”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 15, (2009), s.173-188. <http://tbbergisi.barobirlik.org.tr/m2009-85-564>. (E.t 08.10.2022).
- Ayazen, Genco. “İş Kazalarının Önlenmesinde Uzun Vadeli Strateji: Güvenlik Kültürü ve Farkındalık”, Sosyal Güvenlik Dünyası Dergisi, 92, (2014), s.20-25.
- Aytaç, Ömer, Muzaffer Çağlar Kurttaş. “Sağlık- Hastalığın Toplumsal Kökenleri ve Sağlık Sosyolojisi”, Fırat Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, 25/1, (2015), s.231-250. <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/157413>. (E.t 15.09.2022).
- Balci, Mesut. *Sosyal Güvenlik Hukuku*, Ankara: Yetkin Yayıncılık, 2021.
- Baloğlu, Cem. *Avrupa Birliği ve Türkiye’de İş Sağlığı ve Güvenliği*, İstanbul: Beta Yayıncılık, 2013.
- Baloğlu, Cem. “Avrupa Birliği’nde İş Sağlığı ve Güvenliği Politikaları”, Kamu-İş Dergisi, 14/2, (2015), s.97-114, <https://www.tuhis.org.tr/pdf/1426.pdf>, (Erişim Tarihi 15.09.2022).
- Bayram, Fuat. “Çalışma Yaşamında Ön Plana Çıkan İş Sağlığı ve Güvenliği Problemleri”, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, 12/45, (2015), s.71-84.
- Bayram, Fuat. “Yeni İş Sağlığı ve Güvenliği Mevzuatımıza Hâkim Olan İlkeler”, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, 2/7, (2005), s.1104- 1128.
- Bayram, Fuat. *İş Güvenliği Hukukunda Denetim*, İstanbul: Beta Yayıncılık, 2009.
- Centel, Tankut. *Türk Sosyal Güvenlik Hukuku*, İstanbul: Oniki Levha Yayıncılık, 2021.
- Coşan, Münevver Merve Marmara. “Sosyal Güvenlik Sistemimizde İş Kazası ve Meslek Hastalığı Kavramı ve İşverenin Hukuki Sorumluluğu”, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Ticaret Üniversitesi, İstanbul, 2017, <https://acikbilim.yok.gov.tr/handle/20.500.12812/95884>, (Erişim Tarihi 22.09.2022).
- Çağlayan, Çiğdem. *İşyeri Temsilcileri ve İşçiler İçin Meslek Hastalıkları Rehberi*, İstanbul: Birleşik Metal İş Yayıncılık, 2015.
- Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı. *Meslek Hastalıkları ve İş ile İlgili Hastalıklar Tanı Rehberi*, Avrupa Birliğinin Finansal Desteği ile İSGİP kapsamında hazırlanmıştır, Basılı Yayın.
- Çenberci, Mustafa. *Sosyal Sigortalar Kanunu Şerhi*. Ankara: Olgaç Matbaası, 1885.
- Çetin, Emrah. *Ulusal ve Uluslararası Hukuk Boyutuyla Sosyal Güvenlik Hakkı ve Etkinleştirilmesi (Covid-19 Pandemisiyle)*, Ankara: Yetkin Yayıncılık, 2021.
- Çiçekli, Bülent. *Avrupa Sosyal Şartı Temel Rehber*, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2001.



- Demiral, Yücel. “*Türkiye’de Meslek Hastalıkları Tartışmasına Katkı*”, Madde, Diyalektik ve Toplum Dergisi, 5/1, (2022), s.51-55, <https://bilimveyadinlanma.org/madde-diyalektik-ve-toplum-cilt-5-sayi-1/>, (E.t 20.09.2022).
- Durmuş, Seda Arslan. “*COVID-19’un İş Kazası ve Meslek Hastalığı Bakımından Değerlendirilmesi*”, İstanbul Hukuk Mecmuası, 78/2, (2020), s.363-393, <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/1351637>, (E.t 03.10.2022).
- Eker, Doğukan. *İş Sağlığı ve Güvenliğinde Kamusal Yaptırımlar*, İstanbul: Oniki Levha Yayıncılık, 2021.
- Ekin, Ali. *İş Sağlığı ve Güvenliğine İlişkin Yükümlülükler Uymamanın Sonuçları (İşveren Açısından)*, Ankara: Yetkin Yayıncılık, 2010.
- Ekmekçi, Ömer, Ayşe Köme Akpulat ve Ayşe Ledün Akdeniz. *İş Sağlığı ve Güvenliği Hukuku*, İstanbul: Oniki Levha Yayıncılık, 2021.
- Ekmekçi, Ömer. “*Obligation of Training the Employees on Occupational Health and Safety*”, Annales de la Faculte de Droit d’Istanbul, 37/54, (2005), s.11-19, <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/6154>, (E.t 03.10.2022).
- Erginbaş, Emel. “*Avrupa Birliğinin Türkiye’de İş Sağlığı ve Güvenliğine Etkisi*”, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi, 2010, <http://nek.istanbul.edu.tr:4444/ekos/TEZ/46580.pdf>, (E.t 29.09.2022).
- Esen, Bünyamin. “*Türk Hukukunda İş Kazası ve Meslek Hastalığı Hallerinde İşverenin Hukuki Sorumluluğu*”, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, 9/36, (2012), s.191-206.
- Esen, Bünyamin. “*6331 Sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu Gereğince Verilen İdari Para Cezalarına İtiraz ve Dava Yolları*”, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, 12/45, 2015, s.85-113.
- Güneş, Volkan. *Türk Borçlar Kanunu ile İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu Çerçevesinde İşverenin İş Kazası ve Meslek Hastalığından Doğan Sorumluluğunun Hukuki Niteliği*, İstanbul: Oniki Levha Yayıncılık, 2017.
- Güngör, Hasan Atilla. “*İş Kazası ve Meslek Hastalıkları Nedeniyle İşverenlerin Sosyal Güvenlik Kurumu Karşısındaki Tazminat Sorumluluğuna İlişkin Anayasa Hukuku Açısından Bir Değerlendirme*”, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, 14/54, (2017), s.725-764.
- Güzel, Ali, Ali Rıza Okur ve Nurşen Caniklioğlu, *Sosyal Güvenlik Hukuku*, İstanbul: Beta Yayıncılık, 2021.
- Hüseyinli, Namık, Tayfur Süleyman Koç. “*Avrupa Birliği ve Türk Hukukunda Meslek Hastalıklarının Kayıt Altına Alınmasına İlişkin Yasal Düzenlemeler*”, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, 15/58, (2018), s.453-492.
- İlman, Ebrar Zeynep. “*Türkiye’de Meslek Hastalıkları*”, Uluslararası Sağlık Yönetimi ve Stratejileri Araştırma Dergisi, 1/1, (2015), s.21-36, <https://dergipark.org.tr/tr/pub/usaysad/issue/16703/173672>, (E.t 15.09.2022).
- International Labour Organization, “*Diagnostic and Exposure Criteria for occupational diseases: Guidance Notes for Diagnostis and Prevention of the Diseases in the ILO List of Occupational Diseases (revised 2010)*”, Shengli Niu, Caloudio Colosio, Michele Carugno and Anil Adishes (ed) 2022, [https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed\\_dialogue/---lab\\_admin/documents/publication/wcms\\_836362.pdf](https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_dialogue/---lab_admin/documents/publication/wcms_836362.pdf), (E.t 13.10.2022).
- International Labour Organization, “*The Prevention of Occupational Diseases Report*”, 25.03.2013, s.1-16, [https://www.ilo.org/safework/info/WCMS\\_208226/lang--en/index.htm](https://www.ilo.org/safework/info/WCMS_208226/lang--en/index.htm), (Date of Access 02.09.2022).
- International Labour Organization. “*Identification and Recognition of Occupational Diseases: Criteria for Incorporating Diseases in the ILO List of Occupational Diseases, Meeting of Experts on The Revision of The List of Occupational Diseases*”, (Recommendation No. 194) Geneva, 27–30 October 2009, s.1-7, [https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed\\_protect/---protrav/---safework/documents/meetingdocument/wcms\\_116820.pdf](https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_protect/---protrav/---safework/documents/meetingdocument/wcms_116820.pdf) (E.t 02.09.2022).



- İnciroğlu, Lütfi. “*İş Kazası ve Meslek Hastalığı Nedeniyle Oluşan Zararda Hangi Hallerde İşverenin Tazminat Sorumluluğu Yoktur?*”, (2022), <https://legal.com.tr/blog/genel/is-kazasi-veya-meslek-hastaligi-nedeniyle-olusan-zararda-hangi-hallerde-isverenin-tazminat-sorumlulugu-yoktur/>, (E.t 29.09.2022).
- İren, Ertan. “*İşçilerin İş Sağlığı ve Güvenliği Kurallarına Uyuma Yükümlülüğü ve İhlali Halinde Karşılaşacakları Müeyyideler*”, Sicil İş Hukuku Dergisi, 3, (2006), s.92-102.
- İşçi, Bülent Ferat. *Temel Kavramlar ve Meslek Hastalığının Tarihsel Gelişimi*, İstanbul: Oniki Levha Yayıncılık, 2017.
- Kabakçı, Mahmut. “*İş Sağlığı ve Güvenliğinin Hukuk Sistemindeki Yeri*”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 86, (2009), s.249-267. <http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2010-86-583>, (E.t 02.10.2022).
- Kanbur, Savaş, Ceyhan Arca. “*İş Kazası ve Meslek Hastalıkları Tespit Süreci*”, Savaş Kanbur (Haz), Ankara: Güneş Yayıncılık, 2018.
- Karabulut, Mustafa. *İdari Yaptırımların Hukuki Rejimi*, Ankara: Turhan Yayıncılık, 2008.
- Karakaş, İsa. *İş Kazası & Meslek Hastalığı İhtilafları ve Çözüm Yolları*, Ankara: Berikan Yayıncılık, 2012.
- Keçeci, C. Şenay. “*2010-2016 Yılları Arasında Türkiye’de Beklenen ve Tespit Edilen Meslek Hastalıkları Sayılarının Karşılaştırılması*”, Ankara Sağlık Hizmetleri Dergisi, 18/2, (2020), s.52-60, <https://dergipark.org.tr/tr/pub/ashd/issue/52234/579635>, (E.t 02.10.2022).
- Kızılyar, Sema Ayatar. “*Ceza Yaptırımı ile İdari Yaptırım Ayrımı*”. Yaşar Üniversitesi E-Dergisi, 8 (Özel Sayı), (2013), s.1637-1667, <https://dergipark.org.tr/tr/pub/jyasar/issue/19146/203201>, (E.t 08.10.2022).
- Kim, Eun-A, Seong-Kyu Kang. “*Historical Review of the List of Occupational Diseases Recommended by the International Labour Organization (ILO)*”, *Annals of Occupational and Environmental Medicine*, 25/ 14, (2013), s.1-10, <https://aoemj.biomedcentral.com/articles/10.1186/2052-4374-25-14>, (Date of Access 02.09.2022).
- Kocabaş, Fatma, Ufuk Aydın, Verda Canbey Özgüler, Mustafa Necmi İlhan, Seher Demirkaya, Nihan Ak ve Cansu Özbaş. “*Çalışma Ortamında Psikososyal Risk Etmenlerinin İş Kazası, Meslek Hastalıkları ve İşle İlgili Hastalıklarla İlişkisi*”, Sosyal Güvence Dergisi. 14, (2018), s.28-62, <https://dergipark.org.tr/tr/pub/sosyalguvence/issue/42316/509165>, (E.t 03.10.2022).
- Korkusuz, Refik ve Suat Uğur. *Sosyal Güvenlik Hukuku*. Bursa: Ekin Yayıncılık, 2022.
- Limon, Aslıhan. “*Türk Hukuk Sisteminde İş Sağlığı ve Güvenliği*”, Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, 1, (2012), s.209-242, <https://dergipark.org.tr/tr/pub/mdergi/issue/16881/175766>, (E.t 02.10.2022).
- Mandriolia, Daniele, Vivi Schlünssenb, Balázs Ádám, / Robert A. Cohene, Claudio Colosiof, Weihong Chenh, Axel Fischeri, Lode Godderisj, Thomas Göenk, Ivan D.Ivanovl, Nancy Leppinkm, Stefa Mandic-Rajcevicf, Federica Mascif, Ben Nemeryj, Frank Pegal, Annette Prüss-Üstünl, Daria Sgargib, Yuka Ujitam, Stevie van der Mierdena, Muzimkhulu Zungun and Paul T.J. Scheeperso, “*WHO/ILO Work-Related Burden of Disease and Injury: Protocol for Systematic Reviews of Occupational Exposure to Dusts and/or Fibres and of the Effect of Occupational Exposure to Dusts and/or Fibres on Pneumoconiosis*”, *Environment International*, 119, (2018), s.174-185, <https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S0160412017321785>, (Date of Access 11.10.2022).
- Narter, Sami. “*Meslek Hastalığında Kusur Tarihinin Belirlenmesi*”, Karatahta İş Yazıları Dergisi, 22, (2022), s.93-130.
- Narter, Sami. “*Meslek Hastalıklarında Sorumluluklar ve Sigortasız Çalışanın Meslek Hastalığına Tutulması*”, Karatahta İş Yazıları Dergisi, 2, (2015), s.19-43.
- Niu, Sehengli. “*The ILO Activities on Occupational Diseases, Occupational Diseases in the EU the System(s) and Their Role*”, 03-04.12.2013, s.1-40, <https://ec.europa.eu/social/BlobServlet?docId=11290&langId=en>. (E.t 11.10.2022).

- Nurdoğan, Ali Kemal. “*Uluslararası Çalışma Örgütü’nün (UÇÖ-ILO) Yüzüncü Yıl Dönümü ve Türkiye İlişkileri*”, Bitlis Eren Üniversitesi Akademik İzdüşüm Dergisi, 3/4, (2018), s.78-95, <https://dergipark.org.tr/tr/pub/beuibfaid/issue/41892/471291>, (E.t 04.10.2022).
- Ocak, Sami. “*Maden ve Yeraltı İşlerinde İş Sağlığı ve Güvenliğine İlişkin Gelişmeler*”, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, 12/45, (2015), s.143-173.
- Odaman, Serkan. “*İş Sağlığı ve Güvenliği Açısından Tarafların Önemli Hak ve Yükümlülükleri ile Uluslararası Standart*”, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, 3/11, (2006), s.879-897.
- Olgaç, Cüneyt/ Bulut, Mehmet. *İş Kazaları ve Meslek Hastalıkları Uygulamaları*, Ankara: Bilge Yayıncılık, 2013.
- Öçal, Mehmet, Özal Çiçek. “*Türkiye ve Avrupa Birliği’nde İş Kazası Verilerinin Karşılaştırmalı Analizi*”, Emek ve Toplum Dergisi, 6/16, (2017), s.616-637, <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/393187>, (E.t 03.10.2022).
- Özveri, Murat. *İşçi Sağlığı, İş Güvenliği ve İş Cinayetleri*, İstanbul: Birleşik Metal-İş Yayıncılık, 2015.
- Özveri, Murat. “*İşçi Sağlığı ve Güvenliğinde İşverenin Sorumluluğu: Uluslararası Çalışma Örgütü (ILO) ile Dünya Sağlık Örgütü’nün (WHO) Ortak Komisyon Kararı*”, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukukuna İlişkin Yargı Kararları ve İncelemeleri Dergisi, 3/7, (2008), s.79-92.
- Pinosova Miriama, Miriam Andrejiova, Miroslav Badida and Marek Moravec. “Occupational Disease as the Bane of Workers” Lives: A Chronological Review of the Literature and Study of Its Development in Slovakia Part I, Arif Ahmed A ve Paul Rajib Paul (ed), *International Journal of Environmental Research and Public Health*, 18/11 5910, (2021), s.1-29, [https://www.ncbi.nlm.nih.gov.translate.google/pmc/articles/PMC8197831/?\\_x\\_tr\\_sl=en&\\_x\\_tr\\_tl=tr&\\_x\\_tr\\_hl=tr&\\_x\\_tr\\_pto=sc](https://www.ncbi.nlm.nih.gov.translate.google/pmc/articles/PMC8197831/?_x_tr_sl=en&_x_tr_tl=tr&_x_tr_hl=tr&_x_tr_pto=sc), (E.t 04.10.2022).
- Sarmış, İmran, Osmanbey Şahin. “*Avrupa Sosyal Şartı*”, Fazlı Aydın (Haz.), Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı Yayını. <https://www.csgb.gov.tr/media/1318/avrupa-sosyal-sartı.pdf>, (E.t 01.09.2022).
- Saygun, Meral. “*İş Sağlığı Güvenliği ve Meslek Hastalıkları Konularında Uluslararası Yaklaşımlar*”, <http://www.hisam.hacettepe.edu.tr/ismeslek/hastaliklari/97MeralSaygun.pdf>, (E.t 29.09.2022).
- Seratlı, Gaye Burcu. “*4857 Sayılı İş Kanunu’na Göre İş Sağlığı ve Güvenliği*”, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, 2/7, (2005), s.1130- 1171.
- Seven, Mehmet Ali, Ali Osman Engin. “*Öğrenmeyi Etkileyen Faktörler*”. Atatürk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, 12/2, (2008), s.189-212, <https://dergipark.org.tr/en/download/article-file/32119>, (E.t 11.10.2022).
- Sözer, Ali Nazım. *Türk Sosyal Sigortalar Hukuku*, İstanbul: Beta Yayıncılık, 2023.
- Sümer, Haluk Hadi. *İş Sağlığı ve Güvenliği Hukuku*, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2022.
- Sümer, Haluk Hadi. *Hukuka Giriş*, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2022.
- Süzek, Sarper. “*İşçilerin İş Sağlığı ve Güvenliği Konusunda Hakları ve Yükümlülükleri*”, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, 2/6, (2005), s.610-622.
- Süzek, Sarper. *Sorumluluk Hukuku Açısından Uygun İlliyet Bağı Teorisi*, Ankara: Sevinç Yayıncılık, 1975.
- Şakar, Müjdat. *İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku*, İstanbul: Beta Yayıncılık, 2020.
- Şen, Mustafa, Salih Dursun ve Murat Güven. “*Türkiye’de İş Kazaları: Avrupa Birliği Ülkeleri Bağlamında Bir Değerlendirme*”, Opus Uluslararası Toplum Araştırmaları Dergisi, 9/16, (2018), s.1167-1190, <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/559316>, (E.t 10.10.2022).
- Şen, Seyhan, Gülşen Barlas, Selçuk Yakıştıran, İlknur G. Derin, Berna A. Şerifi, Ahmet Özlü, Lutgart Braeckman, Gert van der Laan and Frank van. Dijk, “*Prevention of Occupational Diseases in Turkey: Deriving Lessons*

- From Journey of Surveillance*”, Safety and Health at Work, 10, (2019), s.420-427, <https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S2093791118304682>, (E.t 11.10.2022).
- Şener, Ahmet Melik. “*İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu’na Göre İşverenin Sorumluluğu*”, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, 11/42, (2014), s.113-136.
- Şimşek, Tahsin. “*Meslek Hastalığında Yükümlülük Süresi*”, Sosyal Güvenlik Dünyası Dergisi, 69, (2010), s.23-27.
- Temir, Arif. (*Açıklamalı ve Uygulamalı İş Sağlığı ve İş Güvenliği*, Ankara: Yetkin Yayıncılık, 2021.
- Tuncay, Can, Ömer Ekmekçi, *Sosyal Güvenlik Hukuku Dersleri*, İstanbul: Beta Yayıncılık, 2021.
- Uluslararası Çalışma Örgütü. “*Önleyici Sağlık ve Güvenlik Kültürünün Oluşturulması, 1981 Tarihli ve 155 Sayılı İş Sağlığı ve Güvenliğine İlişkin Sözleşme, 2022 Tarihli Protokolü ve 2006 Tarihli ve 187 Sayılı İş Sağlığı ve Güvenliğini Geliştirme Çerçeve Sözleşmesi’ne Yönelik Kılavuz*”, s.1-12, [https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed\\_norm/---normes/documents/publication/wcms\\_450452.pdf](https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---normes/documents/publication/wcms_450452.pdf), (E.t 28.09.2022).
- Uşan, Fatih. *Türk Sosyal Güvenlik Hukukunun Temel Esasları*, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2009.
- Uşan, Fatih, Canan Erdoğan. *İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku*, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2022.
- Yılmaz, Fatih. “*Avrupa Birliği ve Türkiye’de İş Sağlığı ve Güvenliği: Türkiye’de İş Sağlığı ve Güvenliği Kurullarının Etkinlik Düzeyinin Ölçülmesi*”, Yayımlanmamış Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi, İstanbul, 2019, <http://nek.istanbul.edu.tr:4444/ekos/TEZ/44532.pdf>, (E.t 05.05.2023).
- Yılmaz, Aslı, Fatih Yılmaz. “*Türkiye’de Kömür Madenciliğinde Yaşanan İş Kazalarının Dünya Ülkeleri ile Karşılaştırılması*”, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, 11/43, (2014), s.21-43.
90. ILO Konferansı İş Kazaları ve Meslek Hastalıkları Komitesi. İş Sağlığı ve Güvenliği Dergisi, 6, (2002), <https://www.csgb.gov.tr/isggm/dergiler/06.pdf>, (E.t 22.09.2022).
- [https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=1000:12100:0::NO::P12100\\_INSTRUMENT\\_ID,P12100\\_LANG\\_CODE:312459,en:NO](https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=1000:12100:0::NO::P12100_INSTRUMENT_ID,P12100_LANG_CODE:312459,en:NO), (E.t 01.09.2022).
- <https://sozluk.gov.tr>, (E.t 14.06.2022).
- [https://www.ilo.org/ankara/conventions-ratified-by-turkey/WCMS\\_377274/lang--tr/index.htm](https://www.ilo.org/ankara/conventions-ratified-by-turkey/WCMS_377274/lang--tr/index.htm), (E.t 18.09.2022).
- [https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO:12100:P12100\\_ILO\\_CODE:C136](https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO:12100:P12100_ILO_CODE:C136), (E.t 01.10.2022).
- [https://www.ilo.org/ankara/conventions-ratified-by-turkey/WCMS\\_377308/lang--tr/index.htm](https://www.ilo.org/ankara/conventions-ratified-by-turkey/WCMS_377308/lang--tr/index.htm), (E.t 18.09.2022).
- [https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO:12100:P12100\\_ILO\\_CODE:C162](https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO:12100:P12100_ILO_CODE:C162), (E.t 01.10.2022).
- [https://www.ilo.org/ankara/conventions-ratified-by-turkey/WCMS\\_377309/lang--tr/index.htm](https://www.ilo.org/ankara/conventions-ratified-by-turkey/WCMS_377309/lang--tr/index.htm), (E.t 20.09.2022).
- <https://www.anayasa.gov.tr/media/3680/avrupasosyalsarti.pdf>, (E.t 01.10.2022).
- [https://www.ilo.org/ankara/conventions-ratified-by-turkey/WCMS\\_377299/lang--tr/index.htm](https://www.ilo.org/ankara/conventions-ratified-by-turkey/WCMS_377299/lang--tr/index.htm), (E.t 17.09.2022).
- <https://www.csgb.gov.tr/bakanlik/hakkinda/misyon-ve-vizyonumuz>, (E.t 15.09.2022).
- <https://www.csgb.gov.tr/isggm/genel-mudurluk/kurulus-ve-gorevlerimiz/>, (E.t 16.09.2022).
- <https://www.casgem.gov.tr/tr/misyon-vizyon>, (E.t 16.09.2022).

- [https://www.ilo.org/ankara/conventions-ratified-by-turkey/WCMS\\_377260/lang--tr/index.htm](https://www.ilo.org/ankara/conventions-ratified-by-turkey/WCMS_377260/lang--tr/index.htm), (E.t 17.09.2022).
- [https://www.isguvenligi.net/wp-content/uploads/ab\\_isig\\_direktifi.pdf](https://www.isguvenligi.net/wp-content/uploads/ab_isig_direktifi.pdf), (E.t 19.09.2022).
- [https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO:12100:P12100\\_ILO\\_CODE:R003](https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO:12100:P12100_ILO_CODE:R003), (E.t 27.08.2022).
- <http://hastane.ankara.edu.tr/2018/09/14/sarbon/>, (E.t 27.08.2022).
- [https://isgk.sakarya.edu.tr/sites/isgk.sakarya.edu.tr/file/12\\_\\_Meslek\\_Hastaliklari.pdf](https://isgk.sakarya.edu.tr/sites/isgk.sakarya.edu.tr/file/12__Meslek_Hastaliklari.pdf), (E.t 10.10.2022).
- [https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO:12100:P12100\\_ILO\\_CODE:C018](https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO:12100:P12100_ILO_CODE:C018), (E.t 27.08.2022).
- [https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100\\_ILO\\_CODE:R024](https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:R024), (E.t 01.09.2022).
- [https://www.ilo.org/ankara/conventions-ratified-by-turkey/WCMS\\_377247/lang--tr/index.htm](https://www.ilo.org/ankara/conventions-ratified-by-turkey/WCMS_377247/lang--tr/index.htm), (E.t 01.09.2022).
- [https://www.ilo.org/ankara/conventions-ratified-by-turkey/WCMS\\_377274/lang--tr/index.htm](https://www.ilo.org/ankara/conventions-ratified-by-turkey/WCMS_377274/lang--tr/index.htm), (E.t 09.09.2022).
- [https://www.ilo.org/ankara/conventions-ratified-by-turkey/WCMS\\_377312/lang--tr/index.htm](https://www.ilo.org/ankara/conventions-ratified-by-turkey/WCMS_377312/lang--tr/index.htm), (E.t 29.09.2022).
- [https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO:12100:P12100\\_ILO\\_CODE:R194](https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO:12100:P12100_ILO_CODE:R194), (E.t 27.08.2022).
- <https://www.who.int/health-topics/occupational-health>, (E.t 01.09.2022).
- <https://eur-lex.europa.eu/eli/reco/1990/326/oj>, (E.t 02.09.2022).
- <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32008R1338&rid=2>, (E.t 01.09.2022).
- <https://ec.europa.eu/eurostat/web/experimental-statistics/european-occupational-diseases-statistics>, (E.t 01.09.2022).
- <https://www.mfa.gov.tr/who.tr.mfa>, (E.t 29.09.2022).
- <https://www.who.int/news-room/fact-sheets/detail/protecting-workers'-health>, (E.t 03.09.2022).
- <https://www.who.int/health-topics/occupational-health>, (E.t 02.09.2022).
- [https://fedris.be/sites/default/files/assets/EN/European\\_forum/od\\_and\\_oa\\_a\\_closer\\_look.pdf](https://fedris.be/sites/default/files/assets/EN/European_forum/od_and_oa_a_closer_look.pdf), (E.t 02.09.2022).
- [https://www.ilo.org/dyn/legosh/en/f?p=14100:1100:0::NO::P1100\\_ISO\\_CODE3,P1100\\_SUB-CODE\\_CODE,P1100\\_YEAR:DNK,,2014](https://www.ilo.org/dyn/legosh/en/f?p=14100:1100:0::NO::P1100_ISO_CODE3,P1100_SUB-CODE_CODE,P1100_YEAR:DNK,,2014), (E.t 02.09.2022).
- <https://ec.europa.eu/social/main.jsp?catId=1125&langId=en&intPageId=5046>, (E.t 02.09.2022).
- <https://ec.europa.eu/social/main.jsp?catId=1111&intPageId=4552&langId=en>, (E.t 03.09.2022).
- <https://ec.europa.eu/social/main.jsp?catId=1129&intPageId=4794&langId=en>, (E.t 02.09.2022).
- <https://www.beroepsziekten.nl/content/beroepsziekten>, (E.t 04.10.2022).
- <http://formasyon.akdeniz.edu.tr/wp-content/uploads/2020/04/6.-Bölüm-Sunumu.pdf>, (E.t 11.10.2022).
- <https://kms.kaysis.gov.tr/Home/kurum/24304011>, (E.t 11.10.2022).

İntihal | Plagiarism: Bu makale, en az iki hakem tarafından incelendi ve intihal içermediği teyit edildi.  
| This article has been reviewed by at least two referees and scanned via a plagiarism software.

# TÜRK HUKUKUNDA TEK SATICILIK SÖZLEŞMESİ VE İSLÂM HUKUKU AÇISINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

## EXCLUSIVE DISTRIBUTORSHIP CONTRACT IN TURKISH LAW AND ITS EVALUATION IN TERMS OF ISLAMIC LAW

Emrah Gökmen\*

### ÖZ

Ticari hayatın dinamizmi yeni uygulamaların ortaya çıkmasını sağlamaktadır. Hayatın içerisinde çıkan birçok uygulama hukukî zemine taşınmakta ve hukukî düzenlemelerin konusu yapılmaktadır. Hukukî zemine taşınan fakat unsurlarıyla birlikte bir hukukî düzenleme konusu yapılmayan sözleşmeler *sui generis* nitelik arz etmektedirler. Tek satıcılık sözleşmesi, ticarete malların yeni ve etkili yöntemler yoluyla pazarlanmasına yönelik ihtiyaca cevap niteliğinde ortaya çıkan bir hukukî müessese olmuştur. Bu sözleşme ile sağlayıcı, tek satıcıya kendisinin mallarını belirli bir bölgede münhasıran satma yetkisini vermekte, tek satıcı da bu malların pazarlanmasını ve sürümünün artırılması yükümlülüğünü üstlenmektedir. Çeşitli sektörlerde yaygın bir şekilde uygulaması bulunan ve İslam hukuku bakımından "yeni olan" bu sözleşmenin, günümüz Türk hukukundaki teorisi ortaya konulduktan sonra İslam hukuku açısından değerlendirilmesi gerekmektedir. İslam hukuku, değişmez ilkeleri ile çelişmeyen yeniliklere karşı değildir. Bu açıdan, tek satıcılık sözleşmesinin İslam hukuk anlayışı perspektifinden incelenmesi bu çalışmanın ana konusudur. Bu çalışmada İslam hukukunun yeni sözleşme tiplerine yönelik tutumuna dair genel bir tasavvur da sunulmuş olmaktadır.

**Anahtar Kelimeler** İslam Hukuku, Safkateyn Yasağı, Sui Generis Sözleşme, Tek Satıcılık Sözleşmesi, Tek Satıcılık Hakkı.

\* Araştırma Görevlisi. İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi İslam Hukuku Ana Bilim Dalı.

0000-0002-5470-2716 emrahgokmen@istanbul.edu.tr



Bu eser Creative Commons Alıntı-Gayri Ticari-Türetilmez 4.0 Uluslararası Lisansı ile lisanslanmıştır.  
This work is licensed under a Creative Commons Attribution-NonCommercial-NoDerivatives 4.0 International License.

## ABSTRACT

The dynamism of commercial life leads to the emergence of new practices. Many practices emerging from life are brought to the legal ground and made the subject of legal regulations. Contracts that are brought to the legal ground but are not made the subject of a legal regulation with their elements are *sui generis*. The exclusive distribution contract has become a legal institution that has emerged in response to the need for marketing goods through new and effective methods in trade. With this contract, the supplier authorises the one seller to sell its goods exclusively in a certain region, and the one seller undertakes the obligation to increase the marketing and release of these goods. This contract, which is widely applied in various sectors and which is “new” in terms of Islamic law, needs to be evaluated in terms of Islamic law after the theory in today’s Turkish law is put forward. Islamic law is not against innovations that do not contradict its immutable principles. In this respect, analysing the exclusive distribution contract from the perspective of Islamic law is the main subject of this study. In this study, a general concept of the attitude of Islamic law towards new types of contracts is also presented.

**Keywords** Islamic Law, Safkateyn Prohibition, Sui Generis Contract, Exclusive Distribution Contract, Exclusive Selling Right.

## GİRİŞ

Ekonomi ve sanayi alanındaki gelişmeler, üretilen malların pazarlanması ve bu alanda yeni ve etkili yöntemlerin geliştirilmesini zorunlu kılmıştır. Hem ulusal hem de uluslararası düzeyde sağlayıcının ürettiği malların, piyasanın koşullarını ve müşteri kitlesini iyi bilen kişilere verilmesi etkili pazarlama ihtiyacına cevap verebilecektir. Bu işin, bu iş üzerine özel bir mesai harcayan tek satıcılara verilmesi uygulamadan doğmuş yeni bir pazarlama yöntemidir. Tek satıcılık günümüzde yaygın bir şekilde uygulanmaktadır. Tek satıcılığın ilk uygulamaları genel olarak 18. yüzyılda bira sektöründe, bunun dışındakiler ise 19. yüzyılda görülmeye başlanmıştır. Bu dönemlerde karara bağlanan davalardan anlaşıldığı kadarıyla tek satıcılığa konu olan şeyler; balık yemi, yiyecek ve keyif verici maddeler, temizlik malzemesi, kozmetik malzemeler, çiçekler, ev aletleri gibi birçok türden oluşmaktaydı.<sup>1</sup> Sağlayıcı ile tek satıcı arasında kurulan tek satıcılık sözleşmesi ile sağlayıcı, mallarını daha iyi pazarlayabilmenin ötesinde, üretimde kaliteyi artırma ve daha iyi rekabet koşullarına sahip olma imkânlarını elde etmektedir. Tek satıcı da sağlayıcıdan malı satın alarak üçüncü kişilere sattığında aradaki farkı kazanç olarak almaktadır. Bu çalışma ile asıl olarak tek satıcılık sözleşmesinin İslâm hukuku açısından irdelenmesi hedeflenmektedir. Çalışma planında, tek satıcılık sözleşmesinin -yakın dönemde ortaya çıkmış bir sözleşme olması itibarıyla- önce Türk hukukunda bu sözleşmenin ana hatlarıyla teorik bir çerçevesi sunulmakta, bu teorik çerçeve üzerine bina edilmek üzere ikinci kısımda İslâm hukuku açısından tek satıcılık sözleşmesi incelenmektedir.

## I. TÜRK HUKUKUNDA TEK SATICILIK SÖZLEŞMESİ

### A. GENEL OLARAK SÖZLEŞME ÖZGÜRLÜĞÜ VE İSİMSİZ SÖZLEŞMELER

Sözleşme özgürlüğü; sözleşme yapıp yapmama, sözleşmenin tarafını seçme, sözleşmenin biçimini seçme, sözleşmenin içeriğini değiştirme, sözleşme tipini seçme ve sözleşmeyi ortadan kaldırma özgürlüklerini kapsar.<sup>2</sup> Sözleşme özgürlüğü çerçevesinde kişiler, kanunî sözleşme tiplerinden saparak kanunun öngörmediği bir sözleşme tipini belirleyebilirler.<sup>3</sup> Liberal bir anlayışa dayanan borçlar hukukunun mantığı, kişilerin eşit durumda oldukları varsayımından hareketle aralarındaki sözleşmeyi diledikleri gibi düzenleyebilmelerine olanak tanımak yönündedir. Ancak uygulamada her zaman bu şekilde olmamakta, kimi hâllerde sözleşmenin zayıf olan diğer

<sup>1</sup> Detaylı bilgi için bkz. Hasan İşgüzar, *Tek Satıcılık Sözleşmesi*, İstanbul: Dayınlarlı Hukuk Yayınları, 1989, s. 53-55.

<sup>2</sup> Aydın Zevkliler ve K. Emre Gökyayla, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, 20. Bastı, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2020, s. 8-10.

<sup>3</sup> Saibe Oktay, "İsimsiz Sözleşmelerin Geçerliliği, Yorumu ve Boşlukların Tamamlanması", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, C. 55/S. 1-2 (2011), s. 267; Fikret Eren, "İsimsiz Sözleşmelerin Genel Teorisi", *Türk Borçlar Hukuku Açısından İsimsiz Sözleşmeler Sempozyumu*, ed. Z. İpek Yücer Aktürk, Ankara: Yetkin Yayınları, 2022, s. 15.



tarafının korunması gerekmektedir. Bu gibi hâller için TBK'nın 26'nci<sup>4</sup> ve 27'nci<sup>5</sup> maddeleri bir sınır koymaktadır.<sup>6</sup>

Roma hukukunda sözleşme (*contractus*), taraflar arasında iradelerin uyuşması sonucunda meydana gelen, *ius civile* tarafından tanınan ve bir *actio* ile güvence altına alınan anlaşmadır. Dolayısıyla günümüzden farklı olarak Roma hukukunda sözleşmeler sınırlı sayıda olduğundan bir "sözleşmeler sistemi" geçerlidir.<sup>7</sup> Öte yandan, *ius civile* tarafından tanınmayan ancak *praetor* ve imparatorluk hukuku tarafından ihtiyaçlara binaen korunabilen anlaşmalar ise *pactum* olarak isimlendirilmiştir. İsimli sözleşmeler (*contractus innominati*), ticarî ve ekonomik hayatın gelişmesiyle birlikte, *pactum*'lar aracılığıyla *ius civile* sözleşmeler sisteminin genişlemesinin bir sonucu olarak ortaya çıkmaya başlamıştır.<sup>8</sup>

Türk borçlar hukukunda sözleşmeler, isimli sözleşmeler ve isimli sözleşmeler olarak ikiye ayrılmaktadır. Sözleşme özgürlüğünün bir görünümü olan sözleşme tipini belirleme serbestisi ile kişiler, gerek kanunda<sup>9</sup> düzenlenmiş çeşitli sözleşmelere ilişkin unsur ve şartları birleştirerek gerekse de kanunda düzenlenen sözleşmelerin unsurlarına tamamen yabancı, kendine özgü unsurları bulunan sözleşmeleri kararlaştırarak "isimli sözleşme" meydana getirebilmektedirler.<sup>10</sup> İsimli sözleşmelerin bir ismi bulunmaktaysa da, bunlar özel ve ayrıntılı bir şekilde [esaslı unsurlarıyla (*essentialia negotii*) birlikte] kanunda düzenlenmediği için bu şekilde isimlendirilmektedir.<sup>11</sup> İsimli sözleşmeler; karma sözleşmeler, bileşik sözleşmeler ve *sui generis* (kendine özgü) sözleşmelerden oluşur.<sup>12</sup> İsimli sözleşmelerde eksik olan borçlar kanunundaki özel hükümlerdir; yoksa borçlar kanunun genel hükümleri burada da uygulanır.<sup>13</sup>

*Sui generis* sözleşmeler, kanunda düzenlenen sözleşmelere ilişkin unsurları kısmen veya tamamen içermeyen, kendilerine özgü unsurlardan oluşan, "gerçek anlamda yeni oluşumlar gösteren" sözleşmelerdir.<sup>14</sup> *Sui generis* sözleşmeler, çoğunlukla ihtiyaçtan doğan ve hakkında uygulanabilir hazır bir hüküm bulunmayan sözleşmeler olduğu için bunlar bakımından yorum ve hukuk yaratma faaliyeti önem kazanmaktadır. Sözleşmede tarafların iradeleri doğrultusunda

<sup>4</sup> "...kanunda öngörülen sınırlar içinde..."

<sup>5</sup> "Kanunun emredici hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı veya konusu imkânsız olan sözleşmeler kesin olarak hükümsüzdür."

<sup>6</sup> Rona Serozan, Başak Baysal, ve Kerem Cem Sanlı, *Borçlar Hukuku Özel Bölüm*, Güncellenmiş ve Genişletilmiş 4. Baskı, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2019, s. 61-65, 100; Fikret Eren, "İsimli Sözleşmelere İlişkin Bazı Sorunlar", *Prof. Dr. Turgut Akıntürk'e Armağan*, İstanbul: Beta Basım A.Ş., 2008, s. 90.

<sup>7</sup> Bülent Tahiroğlu, *Roma Borçlar Hukuku*, İstanbul: Der Yayınları, 2016, s. 125-127; Türkân Rado, *Roma Hukuku Dersleri Borçlar Hukuku*, 16. Baskı, İstanbul: Filiz Kitabevi, 2021, s. 42-43.

<sup>8</sup> Tahiroğlu, *Roma Borçlar Hukuku*, s. 257; Rado, *Roma Hukuku Dersleri Borçlar Hukuku*, s. 121-122.

<sup>9</sup> "Kanun" ifadesi TBK başta olmak üzere tüm kanunları kapsamaktadır.

<sup>10</sup> Zevkliler ve Gökyayla, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, s. 11.

<sup>11</sup> Eren, "İsimli Sözleşmelerin Genel Teorisi", s. 13-14; Oktay, "İsimli Sözleşmelerin Geçerliliği, Yorumu ve Boşlukların Tamamlanması", s. 263-264.

<sup>12</sup> Fahrettin Aral ve Hasan Ayrancı, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş Tıpkı 12. Baskı, Ankara: Yetkin Yayınları, 2019, s. 56; Bunun aksini düşünenler de bulunmakta, bileşik sözleşmeleri isimli sözleşme olarak görmemektedirler. Örnek olarak bkz. Eren, "İsimli Sözleşmelerin Genel Teorisi", s. 16.

<sup>13</sup> Oktay, "İsimli Sözleşmelerin Geçerliliği, Yorumu ve Boşlukların Tamamlanması", s. 275.

<sup>14</sup> Zevkliler ve Gökyayla, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, s. 12; Oktay, "İsimli Sözleşmelerin Geçerliliği, Yorumu ve Boşlukların Tamamlanması", s. 275; Mustafa Alper Gümüş, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler Cilt-1*, 3. Baskı, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2013, s. 4; Aral ve Ayrancı, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, s. 56.

<sup>15</sup> Aral ve Ayrancı, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, s. 56.

belirledikleri hususlar öncelikle uygulama alanı bulur.<sup>16</sup> Bunlarda yer alan boşluklar tarafların farazî iradeleri esas alınarak güven ilkesi çerçevesinde doldurulur.<sup>17</sup> Eğer bu sözleşme tipinde oluşan bir örf ve âdet hukuku varsa hâkim bunu dikkate alır.<sup>18</sup> Kanunî tipe özgü kuralların kıyas yoluyla uygulanması, bu mümkün değilse hâkimin TMK'nın 1'inci maddesi uyarınca kural yaratması gündeme gelir.<sup>19</sup>

*Sui generis* sözleşmelerden biri de -hukukî niteliği başlığında detaylı bir şekilde ele alınacağı üzere- tek satıcılık sözleşmesidir. Bu sözleşmeyi *sui generis* yapan unsurlar, satılanın art arda sağlanması ve satış bakımından çevre sınırlaması yapılmasıdır.<sup>20</sup>

Sözleşme özgürlüğü kapsamında kişiler, kural olarak tek satıcılık sözleşmesini yapabilmele birlikte, bu özgürlüğün de kimi sınırları bulunduğundan, tek satıcılık sözleşmesinin de bazı sınırlarının olduğundan söz etmek gerekir. Bu açıdan tek satıcının zararına ağır koşullara yer verilmesi, özellikle oldukça uzun bağlilik süresi ve oldukça fazla mal satın alma yükümlülüğü öngörülmesi karşısında TBK'nın 27'nci maddesi kuralı çerçevesinde ahlaka aykırılık butlanı gündeme gelir. Ayrıca genel işlem koşulları denetimi de burada söz konusu olabilir.<sup>21</sup>

## B. TEK SATICILIK SÖZLEŞMESİ

### 1. Tanımı

Tek satıcılık sözleşmesindeki “tek” sözcüğü kişiye tanınmış tek satış hakkını, “satıcılık” sözcüğü ise kişiye tanınan yetkinin ne olduğunu ifade etmektedir.<sup>22</sup> Tek satıcılık sözleşmesi, bir kimsenin (tek satıcının), üreticinin veya toptancının ürünlerini belirli bir bölgede rakipsiz (tekel) olarak pazarlaması (distribütörlük) konusunda yapılan anlaşmadır<sup>23</sup>. Çerçeve niteliğindeki tek satıcılık sözleşmesi, tam iki tarafa borç yükleyen ve sürekli borç doğuran bir sözleşmedir.<sup>24</sup> Tek satıcılık sözleşmesinin daha kapsamlı bir tanımı, “*Tek satıcılık sözleşmesi, yapımçı ile tek satıcı arasındaki hukuki ilişkileri düzenleyen çerçeve niteliğinde öyle bir sözleşmedir ki, bununla yapımçı, mamüllerinin tamamını veya bir kısmını belirli bir bölgede tekele sahip olarak satmak üzere tek satıcıya bedeli karşılığında göndermeyi, buna karşılık tek satıcı da, sözleşme konusu malları kendi adına ve hesabına satarak bu malların sürümünü arttırmak için*

<sup>16</sup> Eren, “İsimsiz Sözleşmelerin Genel Teorisi”, s. 26.

<sup>17</sup> Oktay, “İsimsiz Sözleşmelerin Geçerliliği, Yorumu ve Boşlukların Tamamlanması”, s. 292.

<sup>18</sup> Eren, “İsimsiz Sözleşmelerin Genel Teorisi”, s. 26.

<sup>19</sup> Serozan, Baysal, ve Sanlı, *Borçlar Hukuku Özel Bölüm*, s. 100-101.

<sup>20</sup> İpek Yücer Aktürk, *İsimsiz Sözleşme Genel Teorisi ve Uzaktan Öğretim Sözleşmesi*, Ankara: Yetkin Yayınları, 2016, s. 52.

<sup>21</sup> Serozan, Baysal, ve Sanlı, *Borçlar Hukuku Özel Bölüm*, s. 116.

<sup>22</sup> Ahmet M. Kılıçoğlu, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, Genişletilmiş 3. Bası, Ankara: Turhan Kitabevi, 2021, s. 23.

<sup>23</sup> Serozan, Baysal, ve Sanlı, *Borçlar Hukuku Özel Bölüm*, s. 115; Kılıçoğlu, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, s. 23; Gümüş, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler Cilt-I*, s. 9; Satıcı için “tek temsilci”, “pazarlamacı”, “fabrika temsilcisi”, “yetkili satıcı”, “genel temsilci”, “satış temsilcisi”, “tek satış hakkı sahibi”, “tek satıcı”, “sözleşme ile bağlı satıcı” gibi terimler kullanılmıştır. Bunlar içerisinde “tek satıcı” isimlendirmesini, sözleşmenin günümüz yaygın ismiyle uyumu nedeniyle tercih etmekteyiz. Tek satıcı ile yapımçı arasındaki ilişki için de “tek satış sözleşmesi”, “satış sözleşmesi”, “tek satış hakkı”, “satış lisansı”, “temsilci sözleşmesi”, “satıcı sözleşmesi”, “sözleşme ile bağlı satıcılık sözleşmesi” gibi farklı terimler kullanılmıştır. (İşgüzar, *Tek Satıcılık Sözleşmesi*, s. 4.)

<sup>24</sup> Fikret Eren, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, 9. Baskı, Ankara: Yetkin Yayınları, 2021, s. 1039.

*faaliyette bulunma yükümlülüğünü üstlenir.*" şeklindedir.<sup>25</sup> Tek satıcılık sözleşmesi -her ne kadar birbirlerinin aynı olmasalar da- bayilik sözleşmesi olarak da anılmaktadır.<sup>26</sup>

## 2. Unsurları

### a. Süreklilik

Büyük çapta mal üreten sağlayıcılar, ürettikleri malların sürümünün artırılması ihtiyacını gidermek için tek satıcı ile belirli veya belirsiz bir süre boyunca ancak *sürekli* bir biçimde malların satın alınarak pazarlanması üzerinde anlaşırlar.<sup>27</sup> Bir sözleşmenin sürekli olup olmadığı karakteristik edimlerin niteliğine göre belirlenir. Tek satıcılık sözleşmesinin "süreklilik" niteliği, tek satıcıya münhasır bölgede satış hakkının verilmesi, tek satıcının sürümü artırma ve sağlayıcının menfaatlerini koruma, sağlayıcının da tek satıcının faaliyetlerini destekleme ve sözleşmeyle belirlenen bölgede diğer satıcılara satış yapmama edimlerinden gelir.<sup>28</sup>

### b. Kendi Adına ve Hesabına Hareket

Tek satıcı, sağlayıcıdan satın aldığı malları kendi adına ve hesabına, rizikosu da kendisine ait olmak üzere sattığı için ekonomik açıdan bağımsızdır.<sup>29</sup> Bu unsuru ile tek satıcı, acenteden ayrılır.<sup>30</sup>

### c. Tek Satış Hakkı

Sözleşmeyle belirlenen bölge içerisinde tek satış hakkının tek satıcıya verilmesi tek satıcılık sözleşmesinin ismine de yansıyan temel bir unsurdur. Buna göre sağlayıcı, sözleşmede belirlenen bölge için tek satıcı haricinde başka bir kimseyi satışla yetkilendiremez.<sup>31</sup> Böylelikle tek satıcı, bulunduğu coğrafi bölgede marka içi rekabete girmeden sağlayıcının mallarını alarak bu malları üçüncü kişilere satma yetkisini elde etmektedir.<sup>32</sup> Tek satıcılık sözleşmesinde satış konusu malın çeşidi, miktarı, fiyatı, ödeme tarzı, satış bölge ve zamanı belirtilmiş olmalıdır.<sup>33</sup>

<sup>25</sup> İsgüzar, *Tek Satıcılık Sözleşmesi*, s. 14; Halûk Tandoğan, "Tek Satıcılık Sözleşmesi", *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi* 11/4 (1982), s. 1.

<sup>26</sup> Serozan, Baysal, ve Sanlı, *Borçlar Hukuku Özel Bölüm*, s. 115; Kılıçoğlu, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, 23; Ancak belirtilmesi gerekir ki tek satıcılık sözleşmesi bayilik sözleşmesinin bir alt türü gibidir. Zira bayilik sözleşmesinde tek satış hakkının tanınması zorunlu değildir Buradan hareketle tek satıcılık sözleşmesi, tek satış hakkı verilen bir bayilik sözleşmesi olarak tanımlanabilir. Bkz. Alev Güçlüer, *Tek Satıcılık Sözleşmesi*, 1. Baskı, İstanbul: Platon Plus Yayıncılık A.Ş. Yayınları, 2023, s. 54.

<sup>27</sup> İsgüzar, *Tek Satıcılık Sözleşmesi*, s. 14-15.

<sup>28</sup> Salih Önder Yeşiltepe, "Tek Satıcılık Sözleşmesinin Öğretide Benzer Olarak Belirtilen Sözleşmelerden Ayırt Edilmesi", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, C. 13/S. 1-2 (2007), s. 150; Güçlüer, *Tek Satıcılık Sözleşmesi*, s. 27, 51.

<sup>29</sup> İsgüzar, *Tek Satıcılık Sözleşmesi*, s. 15; Güçlüer, *Tek Satıcılık Sözleşmesi*, s. 29; Şener Akyol, *Borçlar Hukuku (Özel Borç İlişkileri) I. Fasikül*, İstanbul: Fakülteler Matbaası, 1984, s. 18; Eren, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, s. 1042.

<sup>30</sup> Tek satıcılık sözleşmesi, satıcının menfaatine çalışma ve sadakat yükümü ve rekabet yetme yasağının varlığı bakımından acentelik sözleşmesini çağrıştırmaktadır. Bununla birlikte tek satıcılık sözleşmesi, tek satıcının kendi ad ve hesabına işlem yapması ve sürüm rizikosunu üstlenmesi yönleriyle acentelik sözleşmesinden ayrılmaktadır. (Serozan, Baysal, ve Sanlı, *Borçlar Hukuku Özel Bölüm*, s. 116.)

<sup>31</sup> Tandoğan, "Tek Satıcılık Sözleşmesi", s. 2; İsgüzar, *Tek Satıcılık Sözleşmesi*, s. 18.

<sup>32</sup> Güçlüer, *Tek Satıcılık Sözleşmesi*, s. 22.

<sup>33</sup> Eren, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, s. 1040; Tandoğan, "Tek Satıcılık Sözleşmesi", s. 2; Bu sınırlandırmalarla ilgili daha geniş bilgi için ayrıca bkz. Güçlüer, *Tek Satıcılık Sözleşmesi*, s. 23-26.

#### **d. Sürümü Artırma Faaliyetinde Bulunma**

Tek satıcılık sözleşmesinin yapılması ile asıl olarak sağlayıcının ürettiği malların piyasada sürümünün arttırılması hedeflenmektedir. Bu nedenle sözleşmede öngörülme dahi tek satıcının bu yükümlülüğü kendiliğinden doğar.<sup>34</sup> Tek satıcı, piyasadaki mal durumu ile alıcıların isteklerini sürekli izleyerek tek satış hakkının bulunduğu bölgede gerekli piyasa araştırmasını ve müşteri propagandasını yapmakla yükümlüdür.<sup>35</sup>

#### **3. Tarafların Yükümlülükleri ve Hakları**

Tek satıcılık sözleşmesinin tarafları, sağlayıcı ve tek satıcıdır. Sağlayıcının; sözleşme konusu malları teslim, tek satıcı ile iş birliği yapma, sözleşme bölgesine doğrudan doğruya satış yapmama gibi yükümlülükleri vardır.<sup>36</sup> Tek satıcının da sağlayıcının mallarını alım, sürümü arttırmak için faaliyette bulunma, sağlayıcıya onun menfaatlerini korumak üzere bilgi verme, sağlayıcının menfaatlerini koruma yükümlülüğü kapsamında sır saklama ve rekabet yasağı gibi çeşitli yükümlülükleri bulunmaktadır.<sup>37</sup> Hem sağlayıcı hem de tek satıcı, burada sayılan yükümlülükler uyulmaması hâlinde diğer taraf aleyhine uygulanabilir müeyyidelere başvurmak hakkını haizdir.<sup>38</sup> Bunlara ek olarak sağlayıcı, sözleşme ilişkisinin kapsamına göre tek satıcıya talimat verme hakkına sahiptir.<sup>39</sup>

#### **4. Hukukî Niteliği**

Tek satıcılık sözleşmesinin hukukî niteliğinin ne olduğu hakkında farklı görüşler ileri sürülmüştür. Tarihsel süreçte tek satıcılık sözleşmesi, başlangıçta acentelik sözleşmesi, sonrasında satış sözleşmesi,<sup>40</sup> bundan sonra vekâlet sözleşmesi olarak nitelendirilmiştir.<sup>41</sup> Serozan'a göre tek satıcılık sözleşmesi; satış, vekalet,<sup>42</sup> acente, ortaklık<sup>43</sup> ve garanti sözleşmelerinin bir "kırma"sıdır<sup>44</sup>. Gerçekten de tek satıcılık sözleşmesi burada sayılan sözleşmeler ile kimi açı(lar)dan benzerlik gösterir. Ancak tek satıcılık sözleşmesi kanunda düzenlenmiş bu sözleşmelerden pek çok açıdan farklılaşmaktadır.<sup>45</sup> Her şeyden önce bu sözleşme, tarafların sözleşmenin tipini belirleme özgürlüğüne dayalı olarak ticaret hayatının ihtiyaçlarından

<sup>34</sup> Güçlüer, *Tek Satıcılık Sözleşmesi*, s. 30.

<sup>35</sup> Eren, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, s. 1043.

<sup>36</sup> İlgüzar, *Tek Satıcılık Sözleşmesi*, s. 85-97; Güçlüer, *Tek Satıcılık Sözleşmesi*, s. 61 vd.

<sup>37</sup> İlgüzar, *Tek Satıcılık Sözleşmesi*, s. 69-85.

<sup>38</sup> Güçlüer, *Tek Satıcılık Sözleşmesi*, s. 61, 71.

<sup>39</sup> İlgüzar, *Tek Satıcılık Sözleşmesi*, s. 98.

<sup>40</sup> Satış sözleşmesi ile tek satıcılık sözleşmesi (sağlayıcının mallarını tek satıcıya satması) mal ile paranın değişimi nedeniyle benzerlik gösterir. Satıcı malı kendisine satan üretici veya toptancı ile uzun süreli bir ilişki kurmaz. Tek satıcılık sözleşmesinde ise tek satıcı satacağı malı kendisine satan ile sürekli bir ilişki içerisinde ve bu ilişkide münhasırlık söz konusudur. (Akyol, *Borçlar Hukuku (Özel Borç İlişkileri) I. Fasikül*, s. 21; Kılıçoğlu, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, s. 25; İlgüzar, *Tek Satıcılık Sözleşmesi*, s. 37-38.)

<sup>41</sup> Akyol, *Borçlar Hukuku (Özel Borç İlişkileri) I. Fasikül*, s. 19.

<sup>42</sup> Tek satıcılık sözleşmesi, vekalet sözleşmesinden bağımlılık unsurunun yoğunluğunun daha az olması, sürekli borç doğuran tarzda yapıma zorunluluğu ile azil ve istifa kurumlarının güven ve sürekli borç doğuran yapısı nedeniyle uygulanamaması açılarından ayrılmaktadır. Bkz. Güçlüer, *Tek Satıcılık Sözleşmesi*, s. 48-49.

<sup>43</sup> Tek satıcılık sözleşmesi, adi ortaklık sözleşmesinden kâr elde edip paylaşmak gibi bir amacın bulunmaması, hem sağlayıcının hem de tek satıcının bağımsızlığının esas olması, üçüncü kişilere karşı sorumluluğun bireysel olması yönlerinden farklılaşmaktadır. Bkz. Güçlüer, *Tek Satıcılık Sözleşmesi*, s. 56.

<sup>44</sup> Serozan, Baysal, ve Sanlı, *Borçlar Hukuku Özel Bölüm*, s. 116.

<sup>45</sup> Bu hususlar bir sonraki başlıkta her bir sözleşme tipi bakımından ayrı ayrı ele alınmaktadır.

doğmuştur.<sup>46</sup> Ayrıca tek satıcılık sözleşmesi kanunda unsurları ile birlikte düzenlenmemiştir. Günümüzde -bizim de katıldığımız- tek satıcılık sözleşmesinin hukukî niteliğinin *sui generis* sözleşme olduğuna dair hâkim bir kanaat bulunmaktadır.<sup>47</sup>

### 5. Tek Satıcılık Sözleşmesinin Benzer Sözleşmelerden Ayırt Edilmesi

Tek satıcılık sözleşmesinin *sui generis* niteliğinin tebarüz ettirilmesi için hiçbir tanımlı sözleşmeye uymayan bu sözleşme tipinin benzer sözleşmelerden hangi yönlerden ayrıldığıнын net bir şekilde ortaya konulması gerekmektedir. Bu nedenle burada tek satıcılık sözleşmesine benzeyen kimi sözleşmelerin tek satıcılık sözleşmesinden ayrılan yönlerine işaret edilecektir.

Acente,<sup>48</sup> sözleşmeye aracılık eden acente ve sözleşme yapan acente olmak üzere iki türdür. Bunlardan tek satıcılık sözleşmesine benzeyen tür, sözleşme yapmaya yetkili acentedir. Tek satıcılık sözleşmesini acentelik sözleşmesinden ayırt eden başlıca unsur bağımsızlıktır. Acentelik sözleşmesinde acente müvekkili adına ve hesabına hareket etmekteyken, tek satıcı sürüm riskini de üstlenerek sözleşme konusu malları kendi adına ve hesabına satar.<sup>49</sup> Nitekim TTK'nın 106 ve 107'nci maddeleri acentenin yetkilerini sınırlandırır. Bunun dışında hem acentelik sözleşmesinde hem de tek satıcılık sözleşmesinde sürümü artırma yükümlülüğü bulunmakla birlikte bu yükümlülük, acentelik sözleşmesindeki sadakat yükümlülüğünden doğan bir yan yükümlülük iken, tek satıcılık sözleşmesinde asli edim yükümlülüklerinden birini oluşturur.<sup>50</sup> Bir diğer fark, tek satıcının, sağlayıcıdan satın almış olduğu malı üçüncü kişilere satarak aradaki fiyat farkından kazanç sağlarken, acentenin kazancının müvekkilinin kendisine ödediği ücret olmasıdır.<sup>51</sup> Ayrıca acentelik sözleşmesinde acentenin tekel hakkı sözleşmeyle bertaraf edilebilirken, tek satıcılık sözleşmesinde böyle bir durum söz konusu değildir.<sup>52</sup>

<sup>46</sup> Bu husus Yargıtay'ın yeni tarihli kararlarından birinde şöyle ifade edilmiştir: “*Tek satıcılık sözleşmesi, ticari hayatın gerekleri doğrultusunda, sözleşme serbestisi ilkesi çerçevesinde ortaya çıkmış sui generis bir sözleşmedir.*” Yarg. 11. HD., E. 2020/5477 K. 2022/2637 T. 31.3.2022 (www.lexpera.com.tr)

<sup>47</sup> İlgüzar, *Tek Satıcılık Sözleşmesi*, s. 28, 36; Akyol, *Borçlar Hukuku (Özel Borç İlişkileri) I. Fasikül*, s. 19; Yücer Aktürk, *İsimsiz Sözleşme Genel Teorisi ve Uzaktan Öğretim Sözleşmesi*, s. 52; Eren, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, s. 1044; Samet Can Olgaç, *Tek Satıcılık Sözleşmesi ve Tek Satıcının Denkleştirme İstemi*, 1. Baskı, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2021, s. 31-32; Güçlüer, *Tek Satıcılık Sözleşmesi*, s. 41; Arslan Kaya, *Türk Ticaret Kanunu Şerhi Acentelik*, 2. Baskı, İstanbul: Beta Basım A.Ş., 2016, s. 277; Yeşiltepe, “Tek Satıcılık Sözleşmesinin Öğretide Benzer Olarak Belirtilen Sözleşmelerden Ayırt Edilmesi”, s. 147.

<sup>48</sup> 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun (TTK) 102 ila 123. maddeleri arasında düzenlenmiştir. 102'nci maddeye göre “*Ticari mümessil, ticari vekil, satış memuru veya işletmenin çalışanı gibi işletmeye bağlı bir hukuki konuma sahip olmaksızın, bir sözleşmeye dayanarak, belirli bir yer veya bölge içinde sürekli olarak ticari bir işletmeyi ilgilendiren sözleşmelerde aracılık etmeyi veya bunları o tacir adına yapmayı meslek edinen kimseye acente denir.*”

<sup>49</sup> Kaya, *Türk Ticaret Kanunu Şerhi Acentelik*, 278; Mustafa İsmail Kaya, *Acentelik Hukuku*, 1. Baskı, Ankara: Adalet Yayınevi, 2014, s. 57; Yeşiltepe, “Tek Satıcılık Sözleşmesinin Öğretide Benzer Olarak Belirtilen Sözleşmelerden Ayırt Edilmesi”, s. 152; Güçlüer, *Tek Satıcılık Sözleşmesi*, s. 46.

<sup>50</sup> Güçlüer, *Tek Satıcılık Sözleşmesi*, s. 47.

<sup>51</sup> Şaban Kayıhan, *Türk Hukukunda Acentelik Sözleşmesi*, Güncellenmiş 5. Baskı, Kocaeli: Umuttepe Yayınları, 2018, s. 74; Kaya, *Acentelik Hukuku*, s. 57.

<sup>52</sup> Kayıhan, *Türk Hukukunda Acentelik Sözleşmesi*, s. 75; Kaya, *Acentelik Hukuku*, s. 59; Yeşiltepe, “Tek Satıcılık Sözleşmesinin Öğretide Benzer Olarak Belirtilen Sözleşmelerden Ayırt Edilmesi”, s. 154.

Hizmet sözleşmesinde<sup>53</sup> temel unsur, işçinin işverene bağımlı olarak işgörmesidir. Dolayısıyla bu unsur, kendi adına ve hesabına (bağımsız) hareket eden tek satıcıdan farklılaşmaktadır.<sup>54</sup> Bir başka açıdan hizmet sözleşmesinde işçi, sözleşmede belirlenen ücrete hak kazanırken; tek satıcılık sözleşmesinde tek satıcı, sattığı mallardan elde ettiği kârı kazanç olarak alır.<sup>55</sup>

Vekâlet sözleşmesinde<sup>56</sup>, vekil genellikle müvekkil adına ve hesabına, bazen de kendi adına fakat müvekkili hesabına hareket eder. Bu yönüyle tek satıcılık sözleşmesindeki bağımsızlık burada yoktur. Bir başka açıdan, vekâlet sözleşmesinin sürekli borç doğuran bir şekilde yapılması zorunlu değildir. Tarafların ekonomik menfaatleri ile aralarındaki güvenin gerektirmesi nedeniyle sürekli olması gereken tek satıcılık sözleşmesi, vekâlet sözleşmesinden ayrılmaktadır. Diğer bir fark sona erme biçimlerinde görülür: Vekâlet sözleşmesinde vekilin azli ve istifa kurumları kanunda düzenlenmişken, tek satıcılık sözleşmesinin güvene dayalı ve sürekli borç ilişkisi doğuran yapısı gereği bu kurumlar uygulanabilir değildir.<sup>57</sup>

Eser sözleşmesindeki<sup>58</sup> yüklenicinin bir sonuç/eser meydana getirme yükümlülüğünden farklı olarak, tek satıcının satış ve sürümü artırma yükümlülüğü, gerekeni yapmakla yerine getirilmiş olur. Tek satıcı gereken tüm çabayı göstermesine rağmen satış ve sürüm artmıyorsa onun bir sorumluluğu doğmaz.<sup>59</sup> Ayrıca tek satıcılık sözleşmesindeki münhasırlık şartı eser sözleşmesinde yoktur.

Satış sözleşmesi<sup>60</sup> ani edim yükümlülüğü içerirken, tek satıcılık sözleşmesi sürekli edim yükümlülüğü içerir.<sup>61</sup> Ancak çerçeve sözleşme niteliğindeki tek satıcılık sözleşmesi kapsamındaki birel satış sözleşmeleri birer satış sözleşmesidir ve buna ilişkin hükümlere tâbidir.<sup>62</sup>

Satış için tevdi sözleşmesinde satış için alan sözleşmeye konu taşınır bir malı kararlaştırılan bedel karşılığında kendi adına ve hesabına üçüncü kişiye satmak üzere almakta, satış için alan kararlaştırılan sürede söz konusu bedeli satış için bırakana ödemeyi üstlenmektedir.<sup>63</sup> Tek satıcılık sözleşmesinde tek satıcının malların mülkiyetini kazanması için satış için tevdi sözleşmesinde olduğu gibi malların satılmış olması gerekmemektedir.<sup>64</sup> Ayrıca tek satıcının sahip

<sup>53</sup> “Hizmet sözleşmesi, işçinin işverene bağımlı olarak belirli veya belirli olmayan süreyle işgörmeyi ve işverenin de ona zamana veya yapılan işe göre ücret ödemeyi üstlendiği sözleşmedir.” (6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu (TBK) m. 393)

<sup>54</sup> Yeşiltepe, “Tek Satıcılık Sözleşmesinin Öğretide Benzer Olarak Belirtilen Sözleşmelerden Ayırt Edilmesi”, s. 164-165.

<sup>55</sup> Güçlüer, *Tek Satıcılık Sözleşmesi*, s. 48.

<sup>56</sup> “Vekâlet sözleşmesi, vekilin vekâlet verenin bir işini görmeyi veya işlemini yapmayı üstlendiği sözleşmedir.” (TBK m. 502)

<sup>57</sup> Güçlüer, *Tek Satıcılık Sözleşmesi*, 49; Yeşiltepe, “Tek Satıcılık Sözleşmesinin Öğretide Benzer Olarak Belirtilen Sözleşmelerden Ayırt Edilmesi”, 167.

<sup>58</sup> “Eser sözleşmesi, yüklenicinin bir eser meydana getirmeyi, iş sahibinin de bunun karşılığında bir bedel ödemeyi üstlendiği sözleşmedir.” (TBK m. 470)

<sup>59</sup> Güçlüer, *Tek Satıcılık Sözleşmesi*, s. 50.

<sup>60</sup> “Satış sözleşmesi, satıcının, satılanın zilyetlik ve mülkiyetini alıcıya devretme, alıcının ise buna karşılık bir bedel ödeme borcunu üstlendiği sözleşmedir.” (TBK m. 207)

<sup>61</sup> Bkz. “Süreklilik” unsuru.

<sup>62</sup> Güçlüer, *Tek Satıcılık Sözleşmesi*, s. 51.

<sup>63</sup> Güçlüer, *Tek Satıcılık Sözleşmesi*, s. 52.

<sup>64</sup> Yeşiltepe, “Tek Satıcılık Sözleşmesinin Öğretide Benzer Olarak Belirtilen Sözleşmelerden Ayırt Edilmesi”, s. 160.



olduğu tek satış hakkı satış için tevdi sözleşmesinde bulunmamaktadır. Satış için tevdi sözleşmesinde satış için alanın malların sürümünü artırma yükümlülüğü de yoktur.<sup>65</sup>

Tek satıcılık sözleşmesinde tek satıcı kendi ticaret unvanını veya tanıtıcı işaretlerini kullanabilmektedir. Franchise sözleşmesinde ise franchise alan franchise verenin marka ve işletme adını kullanmak, franchise sistemine tamamen uyum sağlamak ve müşteriler nezdinde tek bir imajla ortaya çıkmak zorundadır.<sup>66</sup> Bunun yanında franchise sözleşmesinde franchise verenin franchise alana talimat verme ve onu denetleme hakkı vardır; dolayısıyla franchise alan franchise verene tek satıcıya nazaran çok daha fazla bağımlıdır.<sup>67</sup> Franchise sözleşmesinde sürümü destekleme, tek satıcılık sözleşmesinde sürümü artırma yükümlülüğü bulunmaktadır.<sup>68</sup> Tek satıcılık sözleşmesinden farklı olarak franchise sözleşmesinde franchise veren franchise alana ticari kimi bilgileri aktarmaktadır.<sup>69</sup> Franchise sözleşmesinden farklı olarak tek satıcılık sözleşmesinde tek satıcıya tanınan tek satış hakkı zorunlu bir unsurdur.<sup>70</sup>

Tek satıcılık sözleşmesini bayilik sözleşmesinden ayırt eden nokta, bayilik sözleşmesinde dağıtıcının lehine münhasır satış/dağıtım hakkı verilmesinin zorunlu olmamasıdır.<sup>71</sup> Bunun haricinde tek satıcılık sözleşmesi, bayilik sözleşmesinin özel bir görünümü olarak değerlendirilebilir. Bu durumda tek satıcılık sözleşmesi, bayiye münhasır dağıtım hakkı verilen bir bayilik sözleşmesi olmaktadır.<sup>72</sup>

Adi ortaklık sözleşmesinde<sup>73</sup> kâr elde edip dağıtmak esasken, tek satıcılık sözleşmesinde böyle bir gaye bulunmamaktadır.<sup>74</sup> Tek satıcılık sözleşmesinde bağımsızlık esas olup adi ortaklık sözleşmesindeki gibi bir ortaklık ilişkisi yoktur.<sup>75</sup>

Tek satıcılık sözleşmesinde tek satıcı kendi adına ve hesabına, komisyonculuk sözleşmesinde<sup>76</sup> komisyoncu kendi adına fakat müvekkili hesabına hareket etmektedir.<sup>77</sup> Diğer farklar; komisyonculuk sözleşmesinin sürekli borç ilişkisi niteliğinde olmaması, komisyoncunun sürümü artırma yükümlülüğünün bulunmaması ve komisyoncunun kendisine verilen malların maliki olmayıp bunların satımı üzerinden belirli bir yüzde ücret alabilmesidir.<sup>78</sup>

<sup>65</sup> Yeşiltepe, s. 160.

<sup>66</sup> Hasan Ali Güçlü, *Franchise Sözleşmesi*, 2. Baskı, İstanbul: Aristo Yayınevi, 2020, s. 63; Güçlüer, *Tek Satıcılık Sözleşmesi*, s. 53.

<sup>67</sup> Umut Yeniocak, *Franchise Sözleşmesi*, 1. Baskı, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2016, s. 94.

<sup>68</sup> Güçlü, *Franchise Sözleşmesi*, s. 61.

<sup>69</sup> Güçlü, *Franchise Sözleşmesi*, s. 62.

<sup>70</sup> Güçlüer, *Tek Satıcılık Sözleşmesi*, s. 54; Güçlü, *Franchise Sözleşmesi*, s. 62; Yeniocak, *Franchise Sözleşmesi*, s. 94.

<sup>71</sup> Elif İlkey Nurcu, *Bayilik Sözleşmesi*, 1. Baskı, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2021, s. 68.

<sup>72</sup> Güçlüer, *Tek Satıcılık Sözleşmesi*, s. 54.

<sup>73</sup> “Adi ortaklık sözleşmesi, iki ya da daha fazla kişinin emeklerini ve mallarını ortak bir amaca erişmek üzere birleş-tirmeyi üstlendikleri sözleşmedir.” (TBK m. 532)

<sup>74</sup> Yeşiltepe, “Tek Satıcılık Sözleşmesinin Öğretide Benzer Olarak Belirtilen Sözleşmelerden Ayırt Edilmesi”, s. 161.

<sup>75</sup> Güçlüer, *Tek Satıcılık Sözleşmesi*, s. 56; Yeşiltepe, “Tek Satıcılık Sözleşmesinin Öğretide Benzer Olarak Belirtilen Sözleşmelerden Ayırt Edilmesi”, s. 162.

<sup>76</sup> “Alım veya satım komisyonculuğu, komisyoncunun ücret karşılığında, kendi adına ve vekâlet verenin hesabına kıymetli evrak ve taşınırın alım veya satımını üstlendiği sözleşmedir.” (TBK m. 532)

<sup>77</sup> Yeşiltepe, “Tek Satıcılık Sözleşmesinin Öğretide Benzer Olarak Belirtilen Sözleşmelerden Ayırt Edilmesi”, s. 156.

<sup>78</sup> Güçlüer, *Tek Satıcılık Sözleşmesi*, s. 56-57; Yeşiltepe, “Tek Satıcılık Sözleşmesinin Öğretide Benzer Olarak Belirtilen Sözleşmelerden Ayırt Edilmesi”, s. 156.



## 6. Sona Ermesi

Tek satıcılık sözleşmesi, sağlayıcı ve tek satıcı arasında bu sözleşmenin unsurlarından biri olan “süreklilik”e dayanan bir güven ilişkisi kurar. Böyle bir ilişkide her iki tarafın da menfaatleri bulunmakta olup sözleşmenin sürdürülmesi önem arz eder. Bununla birlikte kimi hâllerde bu sözleşmenin sona erdirilmesi gerekebilir.

Tek satıcılık sözleşmesi kendiliğinden sona erdirilebileceği gibi, bir hukuki işlem yoluyla da sona erdirilebilir. Tek satıcılık sözleşmesi; sözleşme süresinin sona ermesi, taraflardan birinin ölümü veya gaipliğine karar verilmesi, taraflardan biri tüzel kişi ise tüzel kişiliğinin sona ermesi, ehliyet kaybı, iflas ve imkânsızlık hâllerinde kendiliğinden sona erer.<sup>79</sup> Tek satıcılık sözleşmesinin kendiliğinden sona ermediği hâllerde taraflar anlaşarak (*ikâle*) veya taraflardan birinin sözleşmeyi feshi<sup>80</sup> yoluyla sözleşme bir hukukî işlem ile sona erdirebilir.<sup>81</sup>

## 7. Tek Satıcının Denkleştirme Talebi

Tek satıcılık sözleşmesinde acentede düzenlenen denkleştirme talebine ilişkin hükümlerin uygulanmasına ilişkin olarak “açıkça ve doğrudan” bir ifadenin yer almadığı dönemde bu hükümler kıyasen uygulanmaktaydı.<sup>82</sup> Ancak mevcut durumda tek satıcılık sözleşmesi kanunda<sup>83</sup> “açıkça ve doğrudan” şekilde zikredilmiştir. Bu bakımdan denkleştirme talebine ilişkin hükümler tek satıcılığa doğrudan uygulanacaktır.<sup>84</sup>

Tek satıcılık sözleşmesinin sona ermesinin önemli sonuçlarının başında denkleştirme talebi gelir. Bu talep, tek satıcının tek satıcılık sözleşmesi süresince sağlayıcıya ait malların marka değerini oluşturarak bir müşteri çevresi geliştirmesi ve sözleşme sona erdikten sonra da sağlayıcının bu çevreden yararlanmaya devam etmesi karşısında, tek satıcının herhangi bir hak sahibi olmamasının hakkaniyetle bağdaşmayacağı düşüncesine dayanmaktadır. Hakkaniyet ilkesinin bir gereği olarak, belirli şartların varlığı hâlinde, tek satıcılık sözleşmesi sona erdikten

<sup>79</sup> Detaylı bilgi için ayrıca bkz. Kübra Dağ, *Tek Satıcılık Sözleşmesinin Sona Ermesi ve Sona Ermenin Hukuki Sonuçları*, 1. Baskı, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2021, s. 23-41; Özer Seliçi, *Borçlar Kanununa Göre Sözleşmeden Doğan Sürekli Borç İlişkilerinin Sona Ermesi*, İstanbul: Fakülteler Matbaası, 1976, s. 65-101; Güçlüer, *Tek Satıcılık Sözleşmesi*, s. 92-95.

<sup>80</sup> Fesih, bozucu yenilik doğuran bir haktır. Fesih, olağan fesih ve olağanüstü fesih olmak üzere ikiye ayrılır. Olağanüstü feshi olağan fesihten ayıran feshin, akdi veya kanunî bir fesih sebebine dayanmasıdır. Fesih sebebi; ölüm, ödemedi aciz hali olabileceği gibi, genel olağanüstü fesih sebebi olarak haklı sebep de olabilir. Detaylı bilgi için ayrıca bkz. Seliçi, *Borçlar Kanununa Göre Sözleşmeden Doğan Sürekli Borç İlişkilerinin Sona Ermesi*, s. 115.

<sup>81</sup> Detaylı bilgi için ayrıca bkz. Dağ, *Tek Satıcılık Sözleşmesinin Sona Ermesi ve Sona Ermenin Hukuki Sonuçları*, s. 42-53; Güçlüer, *Tek Satıcılık Sözleşmesi*, s. 95-110.

<sup>82</sup> Mehmet Koç, *Acentenin Denkleştirme İstemi (Portföy Tazminatı)*, 1. Baskı, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2020, s.103-105; Burak Sak, *Dağıtım Sözleşmelerinde Denkleştirme İstemi (TTK m. 122)*, 1. Baskı, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2020, s. 154-155; Henüz yasal düzenlemenin bulunmadığı dönemde de bu görüş savunulmaktaydı. Örnek olarak bkz. Ercüment Erdem, “Tek Satıcılık Sözleşmesinde Denkleştirme Talebi (Müşteri Tazminatı)”, *Bilgi Toplumunda Hukuku Ünal Tekinalp’e Armağan Cilt I*, ed. Hüseyin Ülgen, Arslan Kaya, ve Gül Okuyan Nilsson, 1. Baskı, İstanbul: Beta Basım A.Ş., 2003, s. 107-108.

<sup>83</sup> TTK m. 122/5 hükmünde şöyle geçmektedir: “...hakkaniyete aykırı düşmedikçe, tek satıcılık ile benzeri diğer tekel hakkı veren sürekli sözleşme ilişkilerinin sona ermesi hâlinde de uygulanır.”

<sup>84</sup> Kaya, *Türk Ticaret Kanunu Şerhi Acentelik*, s. 280.

sonra taraflar arasında oluşan dengesizliğin giderilmesi amacıyla tek satıcıya belirli bir miktar ödeme yapılmaktadır.<sup>85</sup>

Denkleştirme talebi, “tek satıcının sözleşme ilişkisinin sona ermesi nedeniyle sağlayıcıya kazandırdığı müşteri çevresini kaybetmesi nedeniyle doğan zararın, sağlayıcının, oluşturulmuş olan bu müşteri portföyünden yararlanmaya devam ederek elde ettiği kazanç ile denkleştirilmesi”dir.<sup>86</sup> Denkleştirme talebi, “müşteri tazminatı”, “portföy tazminatı”, “portföy akçesi”, “portföy hakkı”, “denkleştirme istemi” gibi isimlerle de anılmaktadır.<sup>87</sup>

Tek satıcılık sözleşmesi özelinde denkleştirme talebine hükmedilebilmesi için; taraflar arasında tek satıcılık ilişkisinin bulunması, tek satıcılık sözleşmesinin, sağlayıcı tarafından haklı nedenle feshi dışında bir sebeple sona ermiş olması, sağlayıcının, sözleşmenin sona ermesinden sonra da, tek satıcının oluşturduğu müşteri çevresinden menfaat sağlaması, tek satıcının sözleşmenin sona ermesi nedeniyle kayba uğraması ve hakkaniyete uygun olması şartlarının bir arada bulunması gerekmektedir.<sup>88</sup>

Denkleştirme miktarına ilişkin TTK m. 122/2 hükmünde “*son beş yıllık faaliyeti sonucunda aldığı yıllık komisyon veya diğer ödemelerin ortalaması*” şeklinde bir üst sınır belirlenmiş olmakla birlikte, bunu somut olayın koşullarını dikkate alarak belirleyecek olan hâkimdir.<sup>89</sup> Denkleştirme talebi, TTK m. 122/4 hükmü gereği bir yıllık süre içerisinde ileri sürülmelidir.<sup>90</sup> Bu süre tek satıcılık sözleşmesinin sona erdiği tarihten itibaren başlar.<sup>91</sup> TTK m. 124/4 hükmü uyarınca denkleştirme hakkından önce veya ileriye etkili olarak feragat edilemez.

Denkleştirme talebinden doğan davalarda yetkili mahkeme, TTK’da özel bir hüküm bulunmadığından, 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun (HMK) m.6/1 hükmü gereği “davalı gerçek veya tüzel kişinin davanın açıldığı tarihteki yerleşim yeri mahkemesi”dir. Denkleştirme talebi tek satıcılık sözleşmesinden kaynaklandığı için sözleşmenin ifa edildiği yer mahkemesi (HMK m. 10) de yetkilidir. Tek satıcı tacir ise her iki taraf da tacir olduğundan, taraflar HMK m. 17 hükmü uyarınca yetki sözleşmesi yapmak suretiyle yetkili mahkemeyi belirleyebilirler. Böyle bir belirleme yapılırsa dava yalnızca belirlenen mahkemede açılabilir (HMK m. 17).

<sup>85</sup> Olgaç, *Tek Satıcılık Sözleşmesi ve Tek Satıcının Denkleştirme İstemi*, s. 95; Denkleştirme talebinin hukukî niteliği hakkında farklı görüşler ileri sürülmüştür. Acenteye sosyal yardım etme düşüncesi, sebepsiz zenginleşme hükümleri, malvarlığı zararının giderilmesi (tazminat) görüşleri bulunmakla birlikte, hâkim görüş bu talebin sözleşme kapsamında ifa edilen bir edimin karşılığı olduğu yönündedir. Ayrıntılı bilgi için ayrıca bkz. Hümeysra Yılmaz, *Acentenin Denkleştirme İstemi*, 1. Baskı, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2020, s. 33-37; Muhammet Emin Bingöl, “TTK M. 112 Kapsamında Denkleştirme İsteminin Hukuki Niteliği”, *Sorumluluk Hukuku Seminerler*, ed. Başak Baysal, 1. Baskı, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2016, s. 141-169.

<sup>86</sup> Olgaç, *Tek Satıcılık Sözleşmesi ve Tek Satıcının Denkleştirme İstemi*, s. 96.

<sup>87</sup> Sak, *Dağıtım Sözleşmelerinde Denkleştirme İstemi (TTK m. 122)*, s. 138; Olgaç, *Tek Satıcılık Sözleşmesi ve Tek Satıcının Denkleştirme İstemi*, s. 98; Kaya, *Türk Ticaret Kanunu Şerhi Acentelik*, s. 245.

<sup>88</sup> Bu şartların her biri hakkında detaylı bilgi için ayrıca bkz. Olgaç, *Tek Satıcılık Sözleşmesi ve Tek Satıcının Denkleştirme İstemi*, s. 111-139; Kaya, *Türk Ticaret Kanunu Şerhi Acentelik*, s. 281-284.

<sup>89</sup> Olgaç, *Tek Satıcılık Sözleşmesi ve Tek Satıcının Denkleştirme İstemi*, s. 139; Erdem, “Tek Satıcılık Sözleşmesinde Denkleştirme Talebi (Müşteri Tazminatı)”, s. 111.

<sup>90</sup> Bu sürenin hak düşürücü nitelikte mi yoksa zaman aşımı niteliğinde mi olduğu tartışmalıdır. Bu konu hakkında detaylı bilgi için ayrıca bkz. Sak, *Dağıtım Sözleşmelerinde Denkleştirme İstemi (TTK m. 122)*, s. 271-283.

<sup>91</sup> Kaya, *Türk Ticaret Kanunu Şerhi Acentelik*, s. 273.

## 8. Rekabet Hukuku Hükümleri Bakımından Değerlendirilmesi

Serbest piyasa ekonomisinin temel ilkelerinden biri olan rekabet, çalışma ve sözleşme özgürlüğünden doğmakta ve anayasal düzeyde güvence altına alınmaktadır. Rekabet hukuku bağlamında tek satıcılık sözleşmesi ele alındığında, bu sözleşmenin tek satıcıya tanıdığı tek satış hakkı ve sözleşmenin tek satıcıya yüklediği rekabet yasağı açılarından ayrı ayrı değerlendirilmesi gerekir.

Tek satıcının tek satış hakkı, aynı markalı malların farklı satıcıları arasındaki rekabeti anlamına gelen “marka içi rekabet”i sınırlamaktadır.<sup>92</sup> Tek satıcılık sözleşmesi özelliği gereği tarafların özgürlüklerine birtakım sınırlamalar getirirse de, ürünlerin tek satıcının bilgi ve tecrübesinin de etkisiyle kolay bir şekilde dağıtımının ve satış sonrası hizmetin sağlanması ile sağlayıcının üretime odaklanarak daha fazla üretim gerçekleştirebilmesi yönleriyle rekabet hukukunun hedeflediği kaliteli mal ve hizmete katkı sağlamaktadır.<sup>93</sup> Benzer bir şekilde, tüketici taraf da ürüne daha çabuk ve kolay ulaşabilmekte, muhtemel sorunlara daha hızlı cevap alabilmektedir. Tek satıcılık sözleşmesinin kurucu tarafı olan sağlayıcının hedefi piyasada tekel oluşturmak suretiyle rekabeti sınırlandırmak değil, kendi ürünlerinin pazarlama faaliyetinin güvence altına alınarak geliştirilmesidir.<sup>94</sup>

4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun’un (RKHK) 4’üncü maddesinde belirtilen rekabeti sınırlayan anlaşmaların yasaklanması hükmü aynı kanunun 5’inci maddesi bağlamında Rekabet Kurulu’nun karar vermesi hâlinde muafiyet dolayısıyla uygulanmayabilmektedir. Tek satıcılık sözleşmesinin temel unsuru olan tek satıcıya tek satış hakkının verilmesi Tebliğ kapsamında muafiyetten yararlanmaya engel değildir.<sup>95</sup>

Tek satıcılık sözleşmesinde tek satıcının rekabet etmeme yükümlülüğü sözleşme süresince ve sözleşme bitiminden sonra olmak üzere iki türdür. Sözleşme süresince rekabet etmeme yükümlülüğünün kaynağı sadakat ve sağlayıcının menfaatlerini koruma yükümlülüğüdür. Bu kapsamda olmak üzere tek satıcı, piyasadaki diğer sağlayıcıların markasını taşıyan malları sağlayıcının izni olmaksızın satamaz.<sup>96</sup> Sözleşmenin sona ermesiyle birlikte sadakat yükümlülüğüne dayanan rekabet etmeme yükümlülüğü sona erer. Ancak ticari ve teknik bilginin günümüz koşullarındaki değeri bu bilginin saklanması gerektirmektedir. Bunu sağlamak için de sözleşme sonrasında rekabet yasağı kararlaştırılabilmektedir.<sup>97</sup> Tek satıcılık sözleşmesinde sağlayıcının menfaatlerinin korunması ve bu sözleşmeyle kurulan taraflar arasındaki güven ilişkisinin kötüye kullanımının önlenmesi amaçlarıyla tek satıcının sözleşmenin sona ermesinden sonra bir yıl daha rekabet etmemesi kararlaştırılabilir. Ancak bunun için, rekabet etmeme

<sup>92</sup> Tuğba Tatlı, “Tek Satıcılık Sözleşmesinde Tek Satıcının Tekel Hakkının Rekabet Hukuku Boyutuyla Değerlendirilmesi”, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Yaşar Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2019, s. 51; Meltem Küçükayhan Aşçıoğlu, *Rekabet Hukuku ve Dağıtım Sözleşmeleri*, 1. Baskı, Ankara: Adalet Yayınevi, 2011, s. 165-166; Gönenç Gürkaynak, *Rekabet Hukuku*, 1. Baskı, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2022, s. 208.

<sup>93</sup> Beyza Yiğitbaşı, “Tek Satıcının Rekabet Etme Yasağı”, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Medipol Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2021, s. 49-50.

<sup>94</sup> Yiğitbaşı, “Tek Satıcının Rekabet Etme Yasağı”, s. 51.

<sup>95</sup> Salih Önder Yeşiltepe, “Tek Satıcılık Sözleşmesinde Tekel Hakkının Üçüncü Kişilere Karşı İleri Sürülmesi”, *İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 4/S. 2 (2017), s. 148.

<sup>96</sup> Yiğitbaşı, “Tek Satıcının Rekabet Etme Yasağı”, s. 64.

<sup>97</sup> Yiğitbaşı, “Tek Satıcının Rekabet Etme Yasağı”, s. 59.

hükmü, sözleşme konusu mal ve hizmetlere ilişkin olmalı, sözleşme süresince tek satıcının faaliyetinde bulunduğu yer ve araçlar ile sınırlı olmalı ve sağlayıcı tarafından tek satıcıya devredilen know-how'ı korumak için zorunlu olması gerekmektedir.<sup>98</sup> Aksi halde tek satıcının çalışma ve rekabet hakkı orantısız bir biçimde sınırlanmış olur. Ayrıca bilgi ve tecrübenin yayılmasının engellenmesi nedeniyle toplumsal ve ekonomik gelişimin zayıflayacağından hareketle kamusal menfaatin zedelenmesi durumu ortaya çıkar. Tek satıcılık sözleşmesi özelinde rekabet yasağı sözleşmesinin geçerliliğine ilişkin özel bir düzenleme bulunmaması da genel sınırlamalar olarak 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu (TMK)'nin 23'üncü maddesi, TBK'nın 26 ve 27'nci maddeleri, TTK'nın 123'üncü maddesi ve RKHK düzenlemeleri uygulama alanı bulacaktır.<sup>99</sup>

Tek satıcılık sözleşmelerinde üçüncü kişilerin paralel ticaret yapma haklarını zedeleyen hükümler yer alması RKHK'nın 4'üncü maddesine aykırılık teşkil edeceğinden geçersizdir.<sup>100</sup> Benzer şekilde Kanun'un 5'inci maddesinde yer alan "ilgili piyasanın önemli bir bölümünde rekabetin ortadan kalkmaması" koşulunu sağlamayan bir tek satıcılık sözleşmesinin bireysel muafiyetten yararlanması söz konusu olmayacaktır.<sup>101</sup>

## I. TEK SATICILIK SÖZLEŞMESİNİN İSLÂM HUKUKU AÇISINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

### A. GENEL OLARAK

Tek satıcılık sözleşmesi günümüz İslam hukuku çalışmalarında, "ticarî vekalette münhasırlık" olarak çevirebileceğimiz, "el-vekâletü't-ticâriyyetü'l-hasriyye" şeklinde nitelendirilerek ele alınmıştır.<sup>102</sup> Bu çalışmalar Batı hukukundan iktibas edilen kanunları esas alarak hazırlanmış olup oradaki sistematigi ve kavramları kullanmışlardır. Yine bu eserlerde vekil (tek satıcı) ile müvekkilin (sağlayıcı) yükümlülükleri de ele alınmıştır. Ancak bunlar ilk bölümde Türk hukuku üzerinden çerçevesini oluşturduğumuz teori içerisinde neredeyse aynen yer aldığından burada bunlara ayrıca değinilmeyecektir. Bu çalışmada ise daha ziyade tek satıcılık sözleşmesinin İslam hukuku bağlamında temellendirilmesine yer verilmekte, İslam hukuku açısından problemleri görülebilecek noktalar üzerinden tek satıcılık sözleşmesi değerlendirmeye tabi tutulmaktadır.

### B. İSLÂM HUKUKUNDA SÖZLEŞME ÖZGÜRLÜĞÜ BAĞLAMINDA DEĞERLENDİRİLMESİ

İslâm hukukunun klasik doktrininde sözleşme özgürlüğüne ilişkin iki farklı yaklaşımın olduğu görülmektedir.<sup>103</sup> Bunlardan ilki, *nassta* çerçevesi çizilen sözleşmeler haricinde yeni

<sup>98</sup> Dağ, *Tek Satıcılık Sözleşmesinin Sona Ermesi ve Sona Ermenin Hukuki Sonuçları*, s. 82.

<sup>99</sup> Yiğitbaşı, "Tek Satıcının Rekabet Etme Yasağı", s. 121.

<sup>100</sup> Yeşiltepe, "Tek Satıcılık Sözleşmesinde Tekel Hakkının Üçüncü Kişilere Karşı İleri Sürülmesi", s. 149.

<sup>101</sup> Yeşiltepe, "Tek Satıcılık Sözleşmesinde Tekel Hakkının Üçüncü Kişilere Karşı İleri Sürülmesi", s. 149.

<sup>102</sup> Örnek olarak bkz. Eşref Resmî Enis Ömer, "el-Vekâletü't-ticâriyye el-hasriyye fi'l-fikhil'l-İslâmî ve'l-kânûn", Yüksek Lisans Tezi, Câmîatü Necâh Vataniyye, 2012, s. 41.

<sup>103</sup> Doktrinde Haçkalı, bu görüşleri üç başlıkta incelemektedir. Bunlar; tarafların irade serbestisini tanımayan "daraltıcılar", örfü dikkate alan "orta yolu takip edenler" ve tarafların iradelerini esas alan ve serbesti tanıyan "genişlik taraftarları" şeklindedir. Detaylı bilgi için ayrıca bkz. Abdurrahman Haçkalı, "İslâm Hukuku Açısından Akit Serbestisi Prensibi", *Dini Araştırmalar*, C. 5/S. 13 (t.y.), s. 124; Benzer bir tasnif Zeydân tarafından da yapılmıştır.

sözleşme tiplerinin oluşturamayacağını ifade etmektedir. İkinci görüş ise *nass* dışında da insanların İslâm hukukunun genel prensiplerine uyarak yeni sözleşme tipleri oluşturmada serbest olduklarını düşünmektedir.<sup>104</sup> Kanaatimizce de daha isabetli gözükten görüş, zamanın değişimiyle birlikte ihtiyaçların da değişeceği ve bunun bir sonucu olarak da yeni sözleşme türlerinin hukuk düzenine girebileceğini kabul eden ikinci görüştür.<sup>105</sup> Senhûrî de klasik doktrinde geçen isimli sözleşmelerin o dönem çoğunlukla uygulanan sözleşmeler olduğunu belirterek günümüz koşullarında yeni sözleşme tiplerinin geliştirilebileceğini belirtmektedir.<sup>106</sup> Hem sözleşmeler, kişilerin ihtiyaçları doğrultusunda meydana çıkmış ve hukuk düzeni tarafından objektif bir zemine taşınmış hukukî işlemler olduklarına göre, kişilerin ihtiyaçları paralelinde yeni sözleşmeler oluşturmaları onların doğal haklarındandır.<sup>107</sup> Nitekim sözleşme özgürlüğü uygulamada yer bulmuş, ihtiyaç çerçevesinde yeni sözleşme tipleri ortaya çıkmış, sözleşme genel teorisine uygunluğu ölçüsünde bunlar hukuk düzenine girmiştir.<sup>108</sup> Sözleşme özgürlüğü, kişilerin sözleşme yapıp yapmama, sözleşmenin içeriğini düzenleme ve tipini seçme, sözleşmeyi sona erdirmeyi kapsayan bir özgürlüktür.<sup>109</sup>

İslâm hukuku, kural olarak kişilerin iradelerine önem vermekle ve geniş bir sözleşme özgürlüğü tanımakla birlikte, kişilerin ve özellikle de toplumun maslahatına aykırı düşen ve adaleti zedeleyen durumlarda gerek sözleşme kurma serbestisine gerekse de sözleşmeyi düzenleme serbestisine sınırlar getirebilmektedir.<sup>110</sup> Nitekim hiçbir özgürlük sınırsız değildir. İslâm borçlar hukukunun dayandığı iktisadi arka plan İslâm iktisadıdır. Bu arka plana tek satıcılık hakkının değerlendirilmesinde özellikle müracaat edileceğinden, şimdilik ilgili başlığa atıfla yetinilmektedir.

Sözleşmeyi düzenleme özgürlüğünün sözleşme tipini tayin ve içeriğini tayin olmak üzere iki görünümü vardır.<sup>111</sup> İslâm hukukçuları sözleşmeleri, isimli sözleşmeler (*el-ukûdü'l-müsemma*) ve isimsiz sözleşmeler (*el-ukûd gayrû'l-müsemma*) olarak ikiye ayırmaktadırlar.<sup>112</sup>

Bkz. Abdülkerim Zeydân, *İslâm Hukukuna Giriş*, çev. Ali Şafak, 13. Baskı, İstanbul: Kayhan Yayınları, 2020, s. 530 vd.

<sup>104</sup> Halit Çalı, “İslâm Borçlar Hukukunda Akit Serbestisi ve Genel Olarak Sınırlamaları”, *Dinî Araştırmalar*, C. 7/S. 19 (2004), s. 286; Bu görüşün delilleri hakkında detaylı bilgi için ayrıca bkz. Hüseyin Karayaka, “Akit Hürriyetinin Kur’ânî Dayanakları”, *İslâm Hukuku Araştırmaları Dergisi*, S. 36 (2020), s. 233-248.

<sup>105</sup> Aynı yönde bkz. Çalı, “İslâm Borçlar Hukukunda Akit Serbestisi ve Genel Olarak Sınırlamaları”, s. 286; Karayaka, “Akit Hürriyetinin Kur’ânî Dayanakları”, s. 251; Mustafa Ahmed Zerka, *İslâm Hukuku I*, çev. Servet Armağan, Gözden Geçirilmiş 2. Baskı, İstanbul: Gündönümü Yayınları, 2006, s. 390; Orhan Çeker, *İslâm Hukukunda Akidler*, 1. Baskı, Konya: Tekin Kitabevi, 2014, s. 6.

<sup>106</sup> Senhûrî Abdürrezzâk Ahmed, *Mesâdirü'l-hak fi'l-fikhi'l-İslâmî*, c. 1, Kahire: Câmîatü'd-Devli'l-Arabiyye, 1954, s. 81.

<sup>107</sup> Ali Bardakoğlu, “İslâm Hukukunda Akit Hürriyeti ve Akdi Şartlar Açısından Bu Hürriyetin Sınırı”, *Erciyes Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi*, S. 1 (1983), s. 9.

<sup>108</sup> TDV Diyanet İslâm Ansiklopedisi, Hayreddin Karaman, İstanbul: TDV Yayınları, 1989, “Akid” maddesi, s. 253.

<sup>109</sup> Bardakoğlu, “İslâm Hukukunda Akit Hürriyeti ve Akdi Şartlar Açısından Bu Hürriyetin Sınırı”, s. 9.

<sup>110</sup> Recep Özdirek, *İslâm Hukukunda Akdin Sınırları*, İstanbul: Yedirenk, 2010, s. 39-40; Şüheda Nur Apaydın, “Türk ve İslâm Hukukunda Sözleşmenin İçeriğini Düzenleme Özgürlüğü ve Sınırları”, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Erciyes Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2023, s. 45-46.

<sup>111</sup> Çalı, “İslâm Borçlar Hukukunda Akit Serbestisi ve Genel Olarak Sınırlamaları”, s. 285.

<sup>112</sup> Senhûrî Abdürrezzâk Ahmed, *Nazarîyyetü'l-akd*, Beyrut: el-Mecmaü'l-İlmi'l-Arabî el-İslâmî, 1934, s. 122-123; Servet Armağan, *Anahatlarıyla İslâm Hukuku (Temel Bilgiler-Kaynaklar)*, İstanbul: Işık Akademi Yayınları, 2009, s. 178; Hayreddin Karaman, *Mukayeseli İslâm Hukuku 2*, 9. Baskı, İstanbul: İz Yayıncılık, 2016, s. 59.

İsimli sözleşmeler, hukuk düzeninin kendilerine isim verdiği ve unsurlarıyla birlikte düzenlediği sözleşmelerdir.<sup>113</sup> Bunun aksine olarak isimsiz sözleşmeler de hukuk düzeninin özel bir şekilde düzenlemediği sözleşmelerdir.<sup>114</sup> Sözleşme özgürlüğünde belirttiğimiz üzere, İslâm hukukunun genel prensiplerine aykırı olmamak kaydıyla taraflar hukuk düzenince henüz tanımayan bir sözleşmeyi (isimsiz sözleşme) de yapabilirler.<sup>115</sup> İsimsiz sözleşmeler, hukuk düzeninde düzenlenmiş diğer sözleşmelerin unsurlarının karışımı şeklinde (karma sözleşme) veya hukuk düzeninde öngörülmemiş unsurlardan oluşan bir sözleşme (*sui generis* sözleşme) şeklinde oluşturulabilirler.<sup>116</sup> İslâm hukuku açısından *sui generis* sözleşme, tarafların, sözleşmeyi düzenleme serbestisi çerçevesinde, temel kaynaklar ile klasik hukuk doktrininde yer almayan unsurları belirledikleri sözleşme türü olarak tanımlanabilir.

### C. BİREL SATIŞ SÖZLEŞMELERİNİN DEĞERLENDİRİLMESİ

Tek satıcılık sözleşmesi, sözleşmeyi düzenleme özgürlüğü çerçevesinde, isimsiz-*sui generis* bir sözleşme türü olarak hukuk düzenince öngörülmemiş unsurları bir araya getirdiği için öncelikle İslâm sözleşme teorisindeki sözleşmenin içeriğine ilişkin koşullar bağlamında incelenmelidir. Tek satıcılık sözleşmesinin temel özelliklerinden biri, bu sözleşmenin, taraflar arasında somut bir satış ilişkisi kurmayıp tek satıcıya sözleşme konusu mallar üzerinde tek satış hakkının verildiği, buna karşılık tek satıcının da söz konusu malların sürümünü artırmayı üstlendiği çerçevede bir sözleşme ilişkisi kurmasıdır.<sup>117</sup> Buna dayalı olarak tek satıcılık sözleşmesinde konu bakımından incelenecek olan birel satış sözleşmelerinin konusudur.

Sözleşmenin konusu sözleşme türüne göre değiştiğinden,<sup>118</sup> yeni bir sözleşme tipinin ortaya çıktığı bir durumda<sup>119</sup> sözleşme konusu ön plana çıkmaktadır. Ehliyet, şart gibi diğer hususlar genel sözleşme teorisinde yer alan hükümlere tâbidir. Bu nedenle burada bunlar üzerinde durulmayacak, meselenin odak noktası olan sözleşmenin konusu irdelenecektir. Sözleşmenin içeriğine/konusuna ilişkin şartlar, Hanefîlere göre kendi içerisinde ayrılmış ve satılan malın mevcut veya mümkün olması ve hukukî işleme uygun olması *in'ikad* (kuruluş), satan kişinin mülkiyet ve yetkisi altında olması *nefâz* (yürürlük), belirli ve bilinebilir olması ile mevcutsa kabzedilmesi *sıhhat* şartı olarak değerlendirilmiştir.<sup>120</sup> Burada bu şartlar, tek satıcılık sözleşmesi bakımından sorun oluşturma potansiyelleri dikkate alınarak sıralanmıştır.

Tek satıcılık sözleşmesinde birel satış sözleşmesinin konusunun hukukî işleme uygun (*mütekavvim*) olması gerekmektedir. Hukukî işleme uygunluk, bir şeyin alınıp satılmasında ve

<sup>113</sup> Hüseyin Karayaka, *İslam Borçlar Hukukunda Akit Hürriyeti*, İstanbul: Kitap Dünyası Yayınları, 2022, s. 48.

<sup>114</sup> Karaman, *Mukayeseli İslam Hukuku 2*, s. 59.

<sup>115</sup> Abdürrezzâk Ahmed, *Mesâdirü'l-hak fi'l-fikhi'l-İslâmî*, 1, s. 82; Armağan, *Anahatlarıyla İslâm Hukuku (Temel Bilgiler-Kaynaklar)*, s. 179; Zerka, *İslâm Hukuku I*, s. 390, 392; Karaman, *Mukayeseli İslam Hukuku 2*, s. 59; Mehmet Onur, *İslam Borçlar Hukukunda Risk Teorisi ve Rizikolu Akitler*, 1. Baskı, Ankara: Astana Yayınları, 2018, s. 50.

<sup>116</sup> Karayaka, *İslam Borçlar Hukukunda Akit Hürriyeti*, s. 49, 325-28.

<sup>117</sup> Güçlüer, *Tek Satıcılık Sözleşmesi*, s. 27.

<sup>118</sup> Zeydân, *İslâm Hukukuna Giriş*, s. 411.

<sup>119</sup> Konumuz özelinde tek satıcılık sözleşmesinin konusu sağlayıcının ürettiği malları tek satıcıya satması, tek satıcının da sağlayıcının mallarını üçüncü kişilere satarak malların sürümünü artırması oluşturmaktadır. Dolayısıyla özü itibarıyla satıma konu olan bir mal söz konusudur.

<sup>120</sup> TDV Diyanet İslam Ansiklopedisi, Ali Bardakoğlu, İstanbul: TDV Yayınları, 1992, "Bey" maddesi, s. 15.



kendisinden yararlanılmasında hukuken bir engel olmamasıdır. Bu da Hanefîlere göre *mütekavvim* olmakla olur. Mecelle'nin 199'uncu maddesinde, "*Mebî'in mal-i mütekavvim olması lâzımdır.*" denilerek bu şart düzenlenmiştir. *Mütekavvim*, hukukun kendisine değer atfettiği, kullanımında ve yararlanılmasında herhangi bir yasak bulunmayan malların vasfıdır.<sup>121</sup> Hukuken akde konu olamayan mallar da *gayri mütekavvim* olarak isimlendirilir. Bu gibi hâlde sözleşme batıldır.<sup>122</sup> Mütekavvim mal, örfen veya hukuken mütekavvim olabilir. Örfen mütekavvim, o mala örfte değer verilmesi anlamına gelir ve burada bu vasfı tayin eden örfdür. Hukuken mütekavvim, o malın hukuk düzenince yasaklanmaması hâlinde gündeme gelir.<sup>123</sup> Hukukun açıkça yasakladığı şeyler herhangi bir akde konu olamaz.<sup>124</sup> Kur'ân-ı Kerîm'in Mâide suresinin 90'ıncı ayetinde, "*Ey iman edenler! İçki, kumar, dikili taşlar (putlar) ve fal okları şeytan işi birer pisliktir, bunlar kaçının ki, kurtuluşa eresiniz.*" buyurulmaktadır. Buna dayalı olarak tek satıcılık sözleşmesinin ilk örneklerinde görülen biranın bu sözleşmeye konu yapılması, biranın *mütekavvim* bir mal olmadığı gerekçesiyle mümkün değildir. Ancak Hanefîlere göre bu mallar Müslüman olmayanlar bakımından, kendi aralarındaki hukukî işlemlerde, *mütekavvim* mal hükmündedir. Dolayısıyla Müslüman olmayan iki taraf, bira satışı üzerine tek satıcılık sözleşmesi yapabilmektedir.

Birel satış sözleşmesinde sağlayıcının tek satıcıya sattığı malın mevcut veya mümkün olması lazımdır. Aksi halde sözleşme geçersizlikle maluldür. İslâm hukukunda tarafların anlaşmazlığa düşmemeleri ile aldanmamaları amacına matuf olarak alınan önlemlerden biri de sözleşme konusunun mevcut veya mümkün olmasıdır.<sup>125</sup> Mevcut olmayanın satıma konu edilmesi "ma'dûmun satışı" olarak ifade edilmekte ve caiz görülmemektedir.<sup>126</sup> Bu şart, Mecelle'nin 197'nci maddesinde, "*Mebî'in, mevcud olması lâzımdır.*" şeklinde, 198'inci maddesinde, "*Mebî'in, teslimi mümkün ve makdûr olmak lâzımdır.*" şeklinde düzenlenmiştir.

Birel satış sözleşmesinin konusu teslim edilebilir (*makdûru't-teslîm*) olmalıdır. İslâm hukukunda kişilerin karşı tarafa teslim edemeyecekleri bir şeyi akde konu etmeleri önlenmiştir. Bu şart tabiatı itibarıyla yalnızca teslimi gereken mallardaki anlaşmazlık hâline özgüdür.<sup>127</sup> Teslim edilemeyen bir şeyi sözleşmeye konu etmeye çalışmak, sözleşme ile güdülen insanların faydasına hizmet maksadıyla da bağdaşmaz.<sup>128</sup> Teslimi mümkün olmayan bir sözleşmenin konusu

<sup>121</sup> Apaydın, "Türk ve İslam Hukukunda Sözleşmenin İçeriğini Düzenleme Özgürlüğü ve Sınırları", s. 59; Mehmet Erdoğan, *Fıkah ve Hukuk Terimleri Sözlüğü*, 7. Baskı, İstanbul: Ensar Yayınları, 2019, s. 438. Mecelle'nin 127'nci maddesinde mütekavvim mal daha geniş bir şekilde ele alınarak kendisinden yararlanılması mümkün olan şey ve ihrâz (elde etme, tasarruf altına alma) edilmiş mal olmak üzere iki anlama geldiği belirtilmiştir.

<sup>122</sup> Zeydân, *İslâm Hukukuna Giriş*, s. 411.

<sup>123</sup> Özdirek, *İslâm Hukukunda Akdin Sınırları*, s. 157.

<sup>124</sup> Ali Hafîf, *İslam Hukukuna Göre Hukukî İşlemler ve Hükümleri (Eşya Hukuku ve Borçlar Hukuku)*, çev. Rahmi Yaran, 4. Baskı, Ankara: Türkiye Diyanet Vakfı Yayınları, 2018, s. 448; Özdirek, *İslâm Hukukunda Akdin Sınırları*, s. 161.

<sup>125</sup> Karaman, *Mukayeseli İslam Hukuku 2*, s. 156; Detaylı bilgi için ayrıca bkz. Karayaka, *İslam Borçlar Hukukunda Akit Hürriyeti*, s. 302-310.

<sup>126</sup> Vehbe Zühaylî, *el-Fikhü'l-İslâmî ve edilletuhu*, Dımaşk: Dârü'l-Fikr, 1997, s. 3398.

<sup>127</sup> Ali Haydar Bölükbaşı, *İslâm Borçlar Hukukunda Niza*, 1. Baskı, Ankara: Türkiye Diyanet Vakfı Yayınları, 2022, s. 155.

<sup>128</sup> Özdirek, *İslâm Hukukunda Akdin Sınırları*, s. 130; Zeydân, *İslâm Hukukuna Giriş*, s. 416.



meclis içerisindeyken mümkün hâle gelse dahi sözleşme bätül olduğu için geçerli hâle gelemez.<sup>129</sup>

Birel satış sözleşmesine konu edilen mal, kişinin mülkiyeti altında olmalıdır. İslâm hukukunda kişinin bir sözleşmeye konu ettiği malın onun mülkiyeti altında olması gerekliliği yine malın tesliminin mümkün olması şartının bir uzantısı olarak ve netice itibarıyla taraflar arasında çıkabilecek uyuşmazlığı önlemek adına bir şart olarak aranmıştır.<sup>130</sup> Bu bağlamda tek satıcılık sözleşmesinde sağlayıcı, yalnızca mülkiyeti altında bulunan malları tek satıcıya satabilecektir. Henüz mülkiyetinde bulunmayan mallar bakımından ise böyle bir tasarrufu geçersiz kabul edilecektir.

Birel satış sözleşmesi *garar* ve *cehâlet* içermemelidir. İslâm hukukunda sözleşmenin konusunun belirli (muayyen) ve bilinebilir (mâlum) olması, yani *garar* ve *cehâlet* içermemesi, tarafların anlaşmazlığa ve aldanmaya düşmemeleri adına bir şart olarak aranmaktadır.<sup>131</sup> Akdin konusuyla ilgili belirsizlik *garar*, bilinmezlik ise *cehâlet* kavramıyla ifade edilmektedir.<sup>132</sup> Malın bilinmemesi alıcıya zarar vereceği için onun bilmesi yeterlidir; ayrıca satıcının bilmesi aranmaz.<sup>133</sup> *Garar* ve *cehâlet* akdin özünü ihlaldeki yoğunluk derecesine göre sözleşmenin fesâdına veya butlânına neden olabilmektedir.<sup>134</sup> Sözleşmeyi fesâda uğratabilecek yoğunluktaki *cehâlet*, *fâhiş cehâlet* olarak adlandırılır. Bu yoğunlukta olmayıp tarafları nizâyâ sevk etmeyen *cehâlet* akdin sıhhatine zarar vermez.<sup>135</sup> Dolayısıyla burada belirleyici olan nizâdır.<sup>136</sup>

Birel satış sözleşmesinde sağlayıcının tek satıcıya sattığı mal, belirli ve bilinebilir özelliklerde olmalıdır. Satılan malın belirli olması, malın özelliklerinin taraflarca anlaşmazlığa düşmeyecek ölçüde belli ve bilinir olmasıyla mümkündür. İslâm hukukunun klasik eserlerindeki ifadeyle “görülmeden” bir malın satın alınması, günümüz koşullarında farklı yollarla bilgi sahibi olunması<sup>137</sup> halinde alıcı konumundaki tek satıcının görme muhayyerliği söz konusu olabilir. Satılan malın bilinebilir olması; malın kendisinin, cinsinin, sıfatının, miktarının ve vadenin bilinmesini içerir.<sup>138</sup> Sonuç olarak, tek satıcılık sözleşmesiyle tek satıcıya satılan mal belirli ve bilinebilir olduğu takdirde bu şart sağlanmış olur. Aksi halde sözleşme, söz konusu ihlalin yoğunluğuna göre fâsid veya bätül addedilir.

<sup>129</sup> Zühaylî, *el-Fikhü'l-İslâmî ve edilletuhu*, s. 3401.

<sup>130</sup> Özdirek, *İslâm Hukukunda Akdin Sınırları*, s. 139.

<sup>131</sup> Zühaylî, *el-Fikhü'l-İslâmî ve edilletuhu*, s. 3441; Özdirek, *İslâm Hukukunda Akdin Sınırları*, s. 144; Mehmet Akif Aydın, *Türk Hukuk Tarihi*, 16. Baskı, İstanbul: Beta Yayınları, 2019, s. 382; Zeydân, *İslâm Hukukuna Giriş*, s. 415; Hafif, *İslâm Hukukuna Göre Hukukî İşlemler ve Hükümleri (Eşya Hukuku ve Borçlar Hukuku)*, s. 448.

<sup>132</sup> TDV Diyanet İslâm Ansiklopedisi, İbrahim Kâfi Dönmez, İstanbul: TDV Yayınları, 1996, “Garar” maddesi, s. 366; TDV Diyanet İslâm Ansiklopedisi, İbrahim Kâfi Dönmez, İstanbul: TDV Yayınları, 1993, “Cehâlet” maddesi, s. 221; Erdoğan, *Fıkıh ve Hukuk Terimleri Sözlüğü*, s. 68, 154.

<sup>133</sup> Bölükbaşı, *İslâm Borçlar Hukukunda Niza*, s. 172.

<sup>134</sup> TDV Diyanet İslâm Ansiklopedisi, “Cehâlet”, s. 221.

<sup>135</sup> Çeker, *İslâm Hukukunda Akidler*, s. 82; Zeydân, *İslâm Hukukuna Giriş*, s. 415.

<sup>136</sup> Bölükbaşı, *İslâm Borçlar Hukukunda Niza*, s. 166; Onur, *İslâm Borçlar Hukukunda Risk Teorisi ve Rizikolu Akidler*, s. 91; Niza, belirli bir husustaki anlaşmazlık ve bu anlaşmazlığın sebep olduğu çekişme durumunu ifade etmektedir. (Bölükbaşı, *İslâm Borçlar Hukukunda Niza*, s. 13.)

<sup>137</sup> Özdirek, *İslâm Hukukunda Akdin Sınırları*, s. 147.

<sup>138</sup> Her biri bakımından detaylı bilgi için ayrıca bkz. Özdirek, *İslâm Hukukunda Akdin Sınırları*, s. 149-156.

#### D. *SAFKATEYN* YASAĞI BAĞLAMINDA TEK SATICILIK SÖZLEŞMESİNİN DEĞERLENDİRİLMESİ

İnsanlar tarihsel süreç içerisinde farklı sebeplere dayalı olarak sözleşmelerin birleştirilmesi yoluna başvurmuşlardır. Toplumsal yaşamın karmaşıklığı ve ticari faaliyetlerdeki çeşitlilik farklı sözleşmelerin bir araya getirilmesini gerektirmiştir. Tek satıcılık sözleşmesinde de uzman kimselerin (tek satıcı) bilgisinden istifade edilerek üretilen malların daha iyi koşullarda pazarlanabilmesi ve sürümünün artırılması temin edilmekte ve tüketicilere daha yakından ulaşılabilmektedir. Bu açıklamalara dayanarak tek satıcılık sözleşmesi, sözleşmelerin birleştirilmesinde gündeme gelen nedenlerden, zaruret ve ihtiyaç ile masrafları azaltarak sürümü ve rağbeti artırma nedenlerine dayanmaktadır, denebilir.<sup>139</sup>

Sözlükte “ses getiren vuruş, alkışlamak, el çırpma, tokat atmak” gibi anlamlara gelen *safka*, İslam hukuk terminolojisinde genellikle sözleşme anlamında kullanılmaktadır. *Safkateyn* de bir sözleşme içerisinde birden fazla sözleşme yapmaktır. *Safkateyn* (sözleşmelerin birleştirilmesi) yasağı açık bir şekilde hadislerde geçmektedir.<sup>140</sup> Sözleşmelerin birleştirilmesi, “ tarafların bir arada veya karşılıklı olmak suretiyle aynı ya da farklı türden iki veya daha çok akdi kapsayan bir sözleşme yapmalarıdır ki bu sözleşmelerden doğan borçların, hakların ve neticelerin tamamı birbirinden ayrılmayacak şekilde tek bir akdin gereğiymiş gibi ortaya çıkmasıdır.”<sup>141</sup> Hz. Peygamber, bir satışta iki satışın yapılmasını (*safkateyn fi safka*) nehyetmiştir.<sup>142</sup> Bir satışta iki satışın gerçekleştirilmesinde taraflar, belli bir eşyayı peşin olarak diğer eşyayı da vadeli olarak alıpsatmakta ancak taraflar daha sonraya bırakılan fiyat üzerinde anlaşmamaktadırlar.<sup>143</sup> Böyle bir durumda fiyattaki anlaşamama hali (*nizâ*) sebebiyle *safkateyn* yasaklanmış olmaktadır. Hadisten çıkan sonuç, bir satış sözleşmesinin yalnızca belirli bir fiyatı içermesidir.<sup>144</sup>

*Safkateyn* yasağını içeren hadisteki hükmün zâhiriyle mi yoksa mefhumuyla mı amel edileceği fukahâ arasında tartışmaya sebep olmuştur. Bu tartışma bir yana, sözleşmelerin birleşmesi, İslam hukukunca yasak olan bir şeye (faiz, garar, karşılıksız menfaat gibi) dönüşmek üzere ise yasaklanmıştır. Birleşen sözleşmelerde böyle bir durum yok ise sözleşmelerde geçerli kural (tarafların karşılıklı rızalarına dayalı olarak serbestçe birden fazla sözleşme yapabilmeleri) üzere kalır ve böyle bir sözleşme mübahdır (geçerlidir).<sup>145</sup> Kısacası sözleşmelerin birleşmesi sonucu ortaya çıkan durum dikkate alınarak söz konusu durumun *safkateyn* yasağı kapsamına girip girmediği değerlendirilir. Bu bağlamda tek satıcılık sözleşmesinin temel unsuru olan tek satıcılık hakkı bağlamında gündeme gelebilecek özellikle tekellecilik (ihtikâr) yasağının, bu

<sup>139</sup> Mahmut Samar, *İslamî Finans Ürünlerinde Akitlerin Birleştirilmesi*, 1. Baskı, İstanbul: Hikmetevi Yayınları, 2019, s. 190, 192-193.

<sup>140</sup> Örnek olarak bkz. Ahmed b. Hanbel, el-Müsned, IV, 30; İbn Ebî Şeybe, el-Musannef, V, 12.

<sup>141</sup> Samar, *İslamî Finans Ürünlerinde Akitlerin Birleştirilmesi*, s. 91.

<sup>142</sup> Ahmed b. Hanbel, Müsned, I, 397.

<sup>143</sup> Ali Muhyiddin Ali Karadağı, “Ehâdisü'n-nehy an safkateyn fi safka vâhîde seneduhâ ve metnuhâ ve fikhuhâ”, *Buhûs fi fikhi'l-muâmelâti'l-mâliyyeti'l-muâsıra*, Beyrut: Dârü'l-Beşâiri'l-İslâmiyye, 2001, s. 386.

<sup>144</sup> Muhammed Yusuf Saleem, *Islamic Commercial Law*, Singapore: John Wiley&Sons, 2013, s. 17.

<sup>145</sup> Hamed Fahri Azzâm, “Bir Akidde Akidlerin Birleşmesinin Hükmü ‘Çağdaş Uygulamalara Temel Bir Yaklaşım’”, çev. Ahmet İnanır, *Bingöl Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi*, III/5 (2015), s. 318-319; Nezih Hammad, “İctimâ' ukûd-u'l-müteaddide fi safka vâhîde”, *Kazâyâ fikhiyye muâsıra fi'l-mâl ve'l-iktisâd*, Dimâşk: Dârü'l-Kalem, 2001, s. 250.

sözleşmenin *safkateyn* yasağına girip girmediğinde belirleyici olduğu ifade edilebilir. Buna ilişkin değerlendirme bir sonraki başlıkta yapılacaktır. Ancak burada ilgili olduğu ölçüde sonucun belirtilmesi yerinde olur. Tek satıcılık sözleşmesi çerçeve niteliğinde olup bu sözleşmede iki adet birel satış sözleşmesi bir araya getirilmektedir. Tek satıcılık sözleşmesinde tek satıcılık hakkı ihtikâra yol açıyor ise birel sözleşmelerin birleştiği böyle bir sözleşme İslam hukukunca yasaklanmış bir sonuca götüreceğinden *safkateyn* yasağı kapsamında görülebilecektir.

İhtikâr yasağı haricinde bir değerlendirme yapıldığında, *safkateyn* yasağının belirsizlik oluşturacak ölçüde iki sözleşmenin birbirinden ayrılamayacak şekilde tek sözleşme halinde birleştirilmesi esasına dayandığı dikkate alındığında, tek satıcılık sözleşmesi kapsamında bir araya getirilen birel satış sözleşmelerinin böyle bir belirsizliğe yol açmayacağı ifade edilebilir. *Safkateyn* yasağı ile ilgili kaynaklarda herhangi bir sınırlandırmaya yer verilmeyişi bu yasağın genel nitelikte olduğu fikrini uyandırmaktadır. Buna rağmen herkes tarafından bilinen örf, hukukî işlemlerde belirsizlik bulunsa da taraflar arası çekişmelerin önüne geçmekte, böylece *safkateyn* yasağının kapsamı, toplumun ihtiyaç duyduğu ölçüde sınırlandırılmaktadır.<sup>146</sup> Tek satıcılık sözleşmesi ticarî hayatın pratiğinden doğup gelişen ve kullanımı yaygın bir uygulama hâline geldiği için bir örf olarak kabul edilebilir. Buradan hareketle tek satıcılık sözleşmesinin *safkateyn* yasağı kapsamında yer almadığı görülür.

#### E. TEK SATICILIK HAKKININ DEĞERLENDİRİLMESİ

İslâm hukuku bireylerin menfaatleri yanında toplumun menfaatlerini de aynı derecede dikkate almış, bu ikisi arasında bir çatışma olduğunda ikisi arasında denge kurulması yolunu tutmuştur. Bu gibi çatışma hallerinde dengeyi sağlamaya dönük bazı düzenlemelere gidilmiştir: Mecelle'nin 26'ncı maddesi, "*Zarar-ı âmme def için zarar-ı hâss ihtiyar olunur.*"<sup>147</sup> şeklinde, 28'inci maddesi de "*İki fesad teâruz ettikde, ehaffi irtikâb ile a'zâminin çaresine bakılır.*" şeklinde bunu düzenlemektedir. Bu hükümlerden çıkan sonuç, çatışma hâlinde toplum menfaatinin önceleneceğidir.<sup>148</sup> Nitekim "Kamu menfaatini korumak tek tek tüccarın menfaatini muhafaza etmekten daha önemli ve önceliklidir."<sup>149</sup> Toplum çıkarlarını kişi çıkarından her zaman üstün tutan bu anlayış İslâm iktisadında *sosyal adalet* kavramıyla ifade edilmiştir.<sup>150</sup>

İslâm borçlar hukukunun iktisadi yaklaşımına dair bu genel bilgilerden sonra, tek satıcılık sözleşmesini bu perspektiften değerlendirmek mümkündür. Tek satıcılık sözleşmesinin esas unsurlarından biri, sağlayıcı tarafından ürettiği malların satımını gerçekleştirmek üzere tek satış hakkının tek satıcıya verilmesidir. Tek satıcının bu yetkisi, bulunduğu bölgede sağlayıcının ürettiği marka malları sadece kendisinin satabilmesini ifade eder. İslâm iktisadı piyasasının

<sup>146</sup> Samar, *İslâmî Finans Ürünlerinde Akitlerin Birleştirilmesi*, s. 188-189.

<sup>147</sup> Ali Himmet Berki, bu maddeyi izah ederken, "...bu esas İslâm Hukuku'nda âmme haklarına ve cemiyet emniyet ve nizamına ne derecelerde itina olunduğunu gösterir. Kaide cemiyetin menfaat ve zararı bahis mevzuu olan bütün meselelerde cârîdir." demektedir. Bkz. Ali Himmet Berki, *Hukuk Tarihinden İslâm Hukuku*, Ankara: Diyanet İşleri Reisiği Yayınları, 1955, s. 100.

<sup>148</sup> Bu da İslâm iktisadının "toplumcu" yapısını gösterir. (Ahmet Tabakoğlu, *Toplu Makaleler II İslâm İktisadı*, İstanbul: Kitabevi, 2005, s. 256.)

<sup>149</sup> S. M. Hasauzzaman, *İslâm İktisadının Fikhi İlkelere*, çev. Hamdi Çilingir, 1. Baskı, İstanbul: İktisat Yayınları, 2017, s. 22.

<sup>150</sup> Tabakoğlu, *İslâm İktisadına Giriş*, s. 66.

işleyişine bu işleyiş sosyal düzene zarar vermediği sürece müdahale etmez.<sup>151</sup> Nitekim Hz. Peygamber, kendi döneminde piyasa fiyatlarına müdahale etmeme, narh koymama ve İslâmî ölçüler çerçevesinde esnafı alışverişlerinde serbest bırakma gibi eylemleriyle ticarete serbest piyasa ilkesini yerleştirmiştir.<sup>152</sup> Böylelikle İslâm, şeffaf bir piyasanın oluşması için de serbest rekabete engel olan şeyleri ortadan kaldırmayı amaçlamıştır.

Serbest rekabete engel olarak görülebilecek şeylerden biri de tek satıcılık sözleşmesindeki tek satış hakkıdır (tekel yetkisi). Genel olarak tekelleşme, sosyal adaleti zedelemesi, toplumsal ihtiyaçları göz ardı ederek insanları zor durumda bırakması ve ahlaki bozuluşa yol açması gibi nedenlerle İslâm iktisadının ilkeleriyle bağdaşmaz.<sup>153</sup> Tekelleşmenin İslam hukukunda niçin yasak olduğu; maslahat, sedd-i zerîa, hakkın kötüye kullanımı, makâsıd-ı şerîa ve fikhî kaideler üzerinden anlaşılabilir. <sup>154</sup> Maslahat açısından toplumun ekonomik düzenini bozduğu, sedd-i zerîa açısından toplumun ekonomik düzeninin bozulmasının önlenmesi gerekliliği, hakkın kötüye kullanımında bir hakkın kullanılmasının topluma zarar verdiği, makâsıd-ı şerîa açısından sonuçları diğer insanlara zarar verdiği, fikhî kaideler açısından Kur'an ve Sünnet'ten çıkarılan bu kaidelere ters düştüğü için İslam hukukunda tekelleşme yasaklanmıştır.<sup>155</sup> Bu nedenle tekelleşmeyi önleyecek tedbirler alınması gerekir.<sup>156</sup> İslam hukuku bu tedbirleri alma ve tekelleşmeyi kontrol altında tutma noktasında devleti yetkilendirmiştir.<sup>157</sup>

İslâm Fıkıh Akademisi de 11-16 Ocak 2003 tarihindeki 14'üncü dönem toplantısında aldığı 132 (6/14) numaralı kararın 5'inci maddesinde tek satıcılığa yer vermiştir. İlgili karar şöyledir:

“5. Tek satıcılıkta üç durumu ayrı ayrı değerlendirmek gerekir:

a. Tek satıcılığın konusunu teşkil eden ürüne umumi ya da hususi zaruret veya ihtiyaç olmaması. Bunun sebebi söz konusu mal veya hizmetin lüks olması ve insanların onlar olmadan da yapabilmeleri veya onların emsallerinin ya da muadillerinin piyasada adil bir bedelle çokça bulunmasından dolayı sadece tek satıcıya mecbur kalınmamasıdır. Bu durumda tek satıcının müşteriyle üzerinde uzlaştığı semenden satması hakkıdır ve idarenin ya da yargının narh yoluyla müdahale etme hakkı yoktur. Zira akitlerin sıhhatinde asıl olan karşılıklı rızadır. Bunun gereği de tarafların kendilerini yükümlü tuttıkları şeydir. Aynı şekilde tek satıcının üründe tekel sahibi olması şer'an câizdir ve sahip olduğu şeyi razı olduğu ve insanların çoğuna zulüm ve zarar içermeye semene satması hakkıdır. Ona burada narh koymak câiz değildir.

<sup>151</sup> Osman Eskicioğlu, *İslam Hukuku Açısından Serbest Piyasa Ekonomisi*, İzmir: Anadolu Matbaacılık, 1995, s. 144; Abdullah Çolak, “İslâm'ın İktisâdî Prensipleri”, *Dinbilimleri Akademik Araştırma Dergisi*, 3/4 (2003), s. 43.

<sup>152</sup> Hamdi Döndüren, “İslâm Hukukuna Göre Akdın Feshinden Doğan Tazminat, Rekabet, Reklâm-Promosyon ve Acentelerin Temsil Yetkisi”, *I. Uluslararası İslâm Ticaret Hukukunun Günümüzdeki Meseleleri Kongresi*, Konya: Kombad Yayınları, 1997, s. 119.

<sup>153</sup> Tevhit Ayengin, “İslâm'da İktisadî Hayatın Ahlâkî Boyutu”, *İslâmî Araştırmalar*, 16/4 (2003), s. 658.

<sup>154</sup> Arvie Johan, “Monopoly Prohibition According to Islamic Law: A Law and Economics Approach”, *Mimbar Hukum*, 27/1 (2015), s. 169.

<sup>155</sup> Johan, Arvie Johan, “Monopoly Prohibition According to Islamic Law: A Law and Economics Approach”, s. 169-170.

<sup>156</sup> Çolak, “İslâm'ın İktisâdî Prensipleri”, s. 43.

<sup>157</sup> Ahmad Lutfi Rijalul Fikri, “Qawâ'id al-Fiqhiyyah Analysis on the Prohibition of Monopoly Practices and Unfair Business Competition: A Critical Review”, *Justica Islamica: Jurnal Kajian Hukum dan Sosial*, 18/1 (2021), s. 142.

b. Tek satıcılık sözleşmesine konu olan şeye umumi ya da hususi zaruret veya ihtiyaç olması, ihtiyacın sadece ondan giderilebilmesi, onun da gabn-i fâhiş ve haksızlık yapmadan adil semenle satması. Bu durumda devletin narh koyarak müdahalesi câiz değildir. Çünkü ürünün sadece onda bulunması ve onun tekel sahibi olması mülkünde yaptığı meşru bir tasarruftur, herhangi bir kimseye zulmetmemiş ve muhtaç insanlara zarar vermemiştir. Bu nedenle burada ona dokunulamaz.

c. Tek satıcılığın konusu olan şeye umumi ya da hususi zaruret veya ihtiyaç olması, ihtiyacın sadece ondan giderilebilmesi ve satıcının gabn-i fâhiş ya da belirlediği haksız şartlar olmaksızın satmaktan kaçınması. Bu durumda devletin muhtaçların maruz kaldıkları zulmü gidermek için cebri narh yoluyla müdahale etmesi gerekir.”<sup>158</sup>

Tekelleşmeye ilişkin çeşitli olumsuzluklardan ayrı olarak tek satıcılık sözleşmesi, sağlayıcı ve tek satıcının sözleşme tipini ve içeriğini düzenleme özgürlüğü çerçevesinde bir araya gelerek akdettikleri bir sözleşmedir. Bu yönüyle piyasada kendiliğinden oluşan ve ticari hayatı bozan genel tekelleşmeden ayrılır. Bununla birlikte tek satıcılık sözleşmesi fiilî durumda piyasada serbest rekabet yıkıcı bir hâle gelir de fiyatlar fâhiş seviyelere ulaşarak gerçek ve yalın anlamda bir “tekel” oluşturma amacıyla kullanılır ve bunun sonucunda tüketici zarar görürse narh uygulaması<sup>159</sup> gibi çeşitli yöntemlerle piyasaya gerektiği ölçüde müdahale edilebilecektir.<sup>160</sup> Burada kamu düzenini bozduğu ölçüde hukukun sözleşme özgürlüğüne müdahalesi gündeme gelmektedir. İslâm Fıkıh Akademisi tarafından verilen kararda belirtilen üç farklı durum da aynı doğrultudadır ve bu değerlendirme kriterlerini esas almaktadır.

Tek satıcılık sözleşmesinde piyasanın dengesini ve işleyişini bozan bir durumdan çok, sağlayıcının ürettiği malları daha etkin bir şekilde bilgili ve tecrübeli kimseler (tek satıcı) aracılığıyla satması, böylelikle ürün kalitesini artırmak üzere daha fazla vakit harcayabilmesini sağlamaya dönük bir durum vardır. Böyle bir iş birliğinden üçüncü taraf olarak tüketiciler zarar görmemekte, aksine kendilerine daha yakın bir muhatap bulma imkânına kavuşmaktadır. Böyle bir bakış açısıyla değerlendirildiğinde, tek satıcılık sözleşmesinin İslâm borçlar hukukuna hâkim ilke ve değerleri ihlâl etmeyeceği söylenebilir. Buradan hareketle de burada sayılan hedeflere hizmet eden ve bunları gerçekleştiren bir tek satıcılık sözleşmesi daha geniş perspektiften daha kaliteli mal ve hizmet sunumu sağladığı için toplumsal yarara da hizmet etmektedir denebilir. Burada hakkında herhangi bir *nass* bulunmayan *mürsel maslahat* söz konusudur denebilir.<sup>161</sup>

<sup>158</sup> Karar için bkz. İslâm Fıkıh Akademisi, “Karar”, *Mecelletü Mecmai'l-fikhi'l-İslâmî*, 14/3, 2004, s. 523-526; Metnin tercümesi için bkz. Uğur Bekir Dilek, “İslâm Hukuku Açısından Genel İşlem Koşulları İçeren Akitler: İz'an Akitleri (Türk Borçlar Kanunu Bağlamında)”, *Marifê: Dini Araştırmalar Dergisi*, XVIII/1, 2018, s. 253-254.

<sup>159</sup> “Açık kamu yararı gereği, temel ihtiyaçları karşılayan mal ve hizmetlerin piyasa fiyatlarına -onları oluşturan etkenlere dokunulmadan- doğrudan müdahale edilerek belirli sınırları aşmasının önlenmesi maksadıyla resmî tavan fiyat belirlenmesine dar anlamda narh denir. Klasik fıkıh literatüründe devletin fiyatlara müdahalesi çerçevesinde çoğunlukla narhın bu türü incelenmektedir.” (TDV Diyanet İslam Ansiklopedisi, Cengiz Kallek, İstanbul: TDV Yayınları, 2006, “Narh” maddesi, s. 390). Ayrıca bkz. Yüksel Çayıroğlu, “İslâm Hukukuna Göre İhtikâr Yasası”, *Dicle Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi*, XVII/2 (2015), s. 358-361.

<sup>160</sup> Döndüren, “İslâm Hukukuna Göre Akdin Feshinden Doğan Tazminat, Rekabet, Reklam-Promosyon ve Acenelerin Temsil Yetkisi”, s. 119, 123-124; Eskicioğlu, *İslâm Hukuku Açısından Serbest Piyasa Ekonomisi*, s. 145; Servet Armağan, *İslâm Ekonomisi*, İstanbul: Gündönümü Yayınları, 2005, s. 313.

<sup>161</sup> Detaylı bilgi için bkz. TDV Diyanet İslam Ansiklopedisi, İbrahim Kâfi Dönmez, İstanbul: TDV Yayınları, 2003, “Maslahat” maddesi, s. 82-86.

Tek satıcılık hakkının değerlendirilmesinde yol gösterici olabilecek bir diğer husus ihtikâr yasağıdır.<sup>162</sup> Sözlükte “Karaborsacılık, istifçilik, vurgunculuk ve tekelcilik” gibi anlamlara gelen ihtikâr, ıstılah itibariyle “darlığı kamuya zarar verecek tüketim mallarının kıtlık yaratmak amacı ya da fiyat artışı beklentisiyle piyasadan çekilmesi”dir.<sup>163</sup> İnsanların ihtiyaçlarını sömürerek kolay yoldan kazanç elde etme arzusuna dayanan ihtikâr, zorunlu ihtiyaç malzemeleri söz konusu olduğunda ciddi sosyal problemlere yol açabileceğinden, İslâm’da yasaklanmıştır.<sup>164</sup> Nitekim Hz. Peygamber, “Câlib (şehre uzak yerden mal getiren tâcir) rızıklandırılmış, karaborsacı lânetlenmiştir.” buyurmuştur.<sup>165</sup> Tek satıcılık hakkı kapsamındaki mala yönelik bir ihtiyaç dahi olsa tek satıcı, bu malı adil bir fiyattan satıyor ise bu işlem caizdir ve yasaklanmış ihtikârın hükmünü almaz. Zira ihtikârın yasaklanmasının asıl nedeni bunun insanlara zarar vermesidir ve tek satıcılıktaki dağıtımın tek elden yapılması hususu tek başına bu sonucu doğurmaz. Öte yandan toplumun aslî ihtiyaçları karşılanamadığı bir durumdaki tek satıcılık hakkı ihtikâr yasağı kapsamındadır.<sup>166</sup>

İhtikâr yapan kimselerin (muhtekir) insanlara verdiği zararların giderilmesi gerekir. Hz. Peygamber, döneminde stokçuluk yapan bir şahsa, şehirdeki mal ve erzakların tükendiği bir sırada elindeki malları serbestçe satarak stokçuluğa son vermesini emretmiştir. Bu şekildeki bir emir, günümüz koşullarında hukukî düzenlemelerin yapılması şeklinde tezahür edebilir. Tek satıcılık hakkının ihtikâr amacıyla kullanılmasına karşılık olarak çeşitli hukukî düzenlemelere gidilerek ve caydırıcı önlemler alınarak bu kimselerin ihtikâra son vermesi sağlanabilir. İhtikârın önlenmesi için alınan bir diğer tedbir, devlet tarafından bazı kimselerin ithalat yapmak üzere yetkilendirilmeleridir. Bu yolla içerideki arz sıkıntısı giderilmeye çalışılmaktadır. Benzer bir durum tek satıcılık hakkı bağlamında gündeme geldiğinde uygulanabilir. Bir diğer tedbir de temel tüketim malzemelerinde darlığa düşen yer bakımından ürünlerin o yerden çıkarılmasının yasaklanmasıdır.<sup>167</sup>

Tek satıcılık hakkı ile ilgili bir diğer yasak telakki’r-rukân’dır. Telakki’r-rukân, “şehirli tüccarın, pazara dışarıdan mal getiren câlib ya da üreticileri karşılayarak piyasa fiyatlarını öğrenmelerine fırsat bırakmadan ellerindeki ucuza kapatıp daha sonra yüksek fiyatlarla satması”dır.<sup>168</sup> Burada satıcılar piyasa ile ilgili bilgilere serbestçe erişememekte, alıcılar tekel oluşturmaktadırlar.<sup>169</sup> Telakki’r-rukân’da satıcı şehre girdiğinde gabn muhayyerliğine sahiptir. Bu

<sup>162</sup> Tekelcilik ve ihtikâr kavramları özdeş değildir. Ancak mal ve hizmet arzının tek taraflı olarak belirlenmesi, kamu yararına yol açma potansiyellerinin bulunması ve fiyatların belirli bir seviyede ayarlanabilmesi gibi ortak noktaları vardır. (TDV Diyanet İslam Ansiklopedisi, Cengiz Kallek, İstanbul: TDV Yayınları, 2000, “İhtikâr” maddesi, s. 564.) Biz de burada bu ortak noktalardan hareketle ortak hükümlere varılabileceğini savunmaktayız.

<sup>163</sup> TDV Diyanet İslam Ansiklopedisi, “İhtikâr” maddesi, s. 560.

<sup>164</sup> İhtikârın hükmünün haram mı yoksa mekruh mu olduğu hakkındaki tartışma için ayrıca bkz. Zeki Uyanık, “İslam Hukukunda İhtikâr”, *İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi*, 16 (2010), s. 438-441; Hüsnî Abdüsemî’ İbrahim, *Mevkûfû’s-Şerîati’l-İslâmiyye mine’l-İhtikâr: dirâse fikhiyye mukârene*, İskenderiye: Münşetü’l-Maârif, 2011, s. 8-15.

<sup>165</sup> İbn Mâce, Ticârât, 12.

<sup>166</sup> Muhammed Suheyb b. Selmân Rûmî, “el-Vekâletü’l-hasriyye ve alâkatuhâ bi’l-İhtikâr fi’l-fikhi’l-İslâmî” (Yüksek Lisans Tezi, Câmîatü İslâmiyye (Gazze), 2011, s. 99-100.

<sup>167</sup> TDV Diyanet İslam Ansiklopedisi, “İhtikâr” maddesi, s. 562-563.

<sup>168</sup> TDV Diyanet İslam Ansiklopedisi, “İhtikâr” maddesi, s. 563.

<sup>169</sup> Saleem, *Islamic Commercial Law*, s. 18.



muhayyerliğe dayanarak satıcı, sözleşmeyi feshedebilir.<sup>170</sup> Telakki'r-rukbân'ın yasaklanmasının arka planında da bunun ihtikâra yol açacağı düşüncesi bulunmaktadır.<sup>171</sup> Telakki'r-rukbân'da malları şehre gelmeden karşılayıp piyasa fiyatından aşağıya alan kimse (mütelakkî) bu eyleminden menedilir ve eğer çarşı var ise çarşı ehline, yok ise oranın halkına satın aldığı malları arz etmeye zorlanır.<sup>172</sup>

Tek satıcılık hakkının olumsuz anlamda bir tekel meydana getirmesi halinde uygulanabilecek tedbirler çerçeve itibariyle sunuldu. Bu tedbirlere uymayanlara ne gibi müeyyidelerin uygulanabileceği bir diğer konudur. Burada ihtikâr yapanlara karşı öngörülen müeyyideler bağlamında bir değerlendirme yapılabilir. Suçun ağırlığı, işleniş biçimi ve tekerrür gibi hususlar dikkate alınarak ihtikâr eylemi için ta'zir ve siyaset-i şer'iyye bağlamında bazı müeyyideler öngörülmektedir.<sup>173</sup> İhtikâr için uygulanabilecek müeyyidelerden biri kişinin, elindeki malları piyasa fiyatından satmasına zorlanmasıdır.<sup>174</sup> Kişinin mallarının zorla satılmasını (icbar) hacre benzeten Ebu Hanife, bunun yapılamayacağı görüşündedir. Bir diğer müeyyide, kişinin elindeki malların devletçe müsadere edilmesidir. Doktrinde bu müsadere kişinin elindeki malları satmaması halinde uygulanması gereken bir sonraki adım olduğu da ifade edilmektedir.<sup>175</sup> Buradan hareketle, tek satıcılık hakkının topluma zarar veren bir tekel oluşturması halinde ve tek satıcının da alınan tedbirlere uymaması halinde elindeki mallarının piyasa fiyatından satılmasına zorlanmasına, bu mümkün değilse müsaderesinin yapılmasına yetkili mercilerce karar verilebilecektir.

## SONUÇ

Tek satıcılık sözleşmesi, ticarî hayatın ihtiyaçlarından ortaya çıkmış, "sağlayıcı" ile "tek satıcı" arasındaki hukukî ilişkileri düzenleyen "çerçeve" ve kanunda öngörülme eden edimleri bir araya getirmesi yönüyle de "sui generis" nitelikte, sağlayıcının ürettiği malların satımının etkili bir şekilde yapabilmesi amacıyla mallarının belirli bir bölgedeki "tek satış hakkı"nı bir tek satıcıya verdiği, bunun karşılığında tek satıcının da bu malları "kendi adına ve hesabına" satmak ve bunların sürümünü artırmakla yükümlendiği tam iki tarafa borç yükleyen ve süreklilik arz eden bir sözleşmedir. Günümüz Türk hukukunda tek satıcılık sözleşmesinde çalışmalar yapılmakta ve bu çalışmalar gün geçtikçe artmaktadır. Bu çalışmalardan süzülen bir teori çalışmamızın ilk bölümünde verilmiştir. Bu teori ışığında bu sözleşmenin İslâm hukuku açısından değerlendirilmesi de ikinci bölümün konusu yapılmıştır.

Günümüz Türk borçlar hukuku iktisadi arka plan itibariyle liberalizme dayanmaktadır. Öte yandan İslâm borçlar hukukunun dayandığı iktisadi arka plan kendi özgün anlayış ve

<sup>170</sup> Yusuf Balta, "Telakki'l-Celeb/Rukbân (Dışardan Pazara Getirilen Malları Karşılama) Hadisinden Çıkarılan Fıkhi Hükümler", *Gümüşhane Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi*, 12/23 (2023), s. 72.

<sup>171</sup> Balta, "Telakki'l-Celeb/Rukbân (Dışardan Pazara Getirilen Malları Karşılama) Hadisinden Çıkarılan Fıkhi Hükümler", s. 67.

<sup>172</sup> Kahtân Abdurrahman Dûrî, *el-İhtikâr ve asaruhu fi'l-fikhi'l-İslâmî*, y.y.: Dârü'l-Furkan, 2000, s. 188-189.

<sup>173</sup> TDV Diyanet İslam Ansiklopedisi, "İhtikâr" maddesi, s. 563.

<sup>174</sup> Fikri, "Qawâ'id al-Fiqhiyyah Analysis on the Prohibition of Monopoly Practices and Unfair Business Competition: A Critical Review", s. 142; Dûrî, *el-İhtikâr ve asaruhu fi'l-fikhi'l-İslâmî*, s. 170-174; İbrahim, *Mevkûfû ş-şer'ati'l-İslâmiyye mine'l-ihikâr: dirâse fikhiyye mukârene*, s. 38.

<sup>175</sup> TDV Diyanet İslam Ansiklopedisi, "İhtikâr" maddesi, s. 563.



değerlerine dayanmaktadır. Konunun her iki hukuk bakımından temellendirilmesi sözleşme özgürlüğünden geçmektedir. Sözleşme özgürlüğü içerisinde yer alan sözleşme tipini seçme ve içeriğini düzenleme özgürlüğü ile kişiler, kanunda düzenlenmemiş sözleşme tipini oluşturabilmekte ve içeriğini buna göre belirleyebilmektedirler. İslâm hukuku bakımından da esas alınan görüş sözleşme özgürlüğüdür. Burada da kişiler, isimsiz sözleşmeler oluşturabilmektedir. Kişiler, klasik dönem İslâm hukukunda yer almayan sözleşme tiplerini belirlemekte ve içeriklerini düzenlemekte kural olarak serbesttirler. Ancak bu serbestinin kimi sınırları vardır. Bu bağlamda İslâm hukuku açısından tek satıcılık sözleşmesinin değerlendirilmesine ilişkin yapılacak bir incelemenin sözleşme teorisi bakımından içeriğe (*mahall ma'kûdun aleyh*) odaklanması gerekmektedir. Buradaki değerlendirme sonucunda, çerçeve niteliğindeki tek satıcılık sözleşmesinde birel satış sözleşmelerinin konularının hukukî işleme uygun (*mütekavvim*), mevcut ve mümkün, teslim edilebilir (*makdûru't-teslîm*), mülkiyet altında ve belirli ve belirlenebilir olması gerektiği sonucuna varılmıştır. Tüm bu şartları taşıyan bir şeyin tek satıcılık sözleşmesinde birel satış sözleşmelerine konu edilmesinde herhangi bir sakınca görünmemektedir. “Çerçeve” içerisinde kalan ve değerlendirilmesi gereken bir diğer husus tek satıcılık hakkıdır. İslâm borçlar hukukuna hâkim ilkeler ışığında tek satıcılık hakkı, fiilen piyasa koşullarını zedeleyen ve gerçek manada bir tekel oluşturarak tüketicileri zarara uğratan bir hâl almadığı sürece herhangi bir sakınca oluşturmayacaktır. Bunun ötesinde tek satıcılık hakkı, kaliteli mal ve hizmetlerin sağlanması, tüketicilere daha yakın ve kolay iletişim imkânı sağlaması gibi birçok açıdan toplumsal faydaya hizmet edebilecektir.

Bu çalışmada günümüz ticarî hayatının bir getirisi olan sözleşme tiplerinden tek satıcılık sözleşmesine ilişkin teori Türk hukuku üzerinden ortaya konulduktan sonra bunun İslâm hukuku açısından değerlendirilmesi yapılmıştır. Ticarî hayatın akışkan, değişen ve gelişen yapısı dikkate alınarak pratik hayattan doğan birçok sözleşme tipinin İslâm borçlar hukuku açısından değerlendirilmesi gerektiği burada ifade edilebilir. Bu çalışmalar yardımıyla İslâm borçlar hukukunda sözleşme özgürlüğü prensibinin bir görünümü olarak isimsiz sözleşmeler anlayışı yerleşebilecek, burada İslâm borçlar hukuku prensipleri ışığında değerlendirmeler yapmak mümkün olabilecektir.

## KAYNAKÇA

- Abdürrezzâk Ahmed, Senhûrî. *Mesâdirü'l-hak fi'l-fikhi'l-İslâmî*. C. 1. Kahire: Câmiatü'd-Devli'l-Arabiyye, 1954.
- Abdürrezzâk Ahmed, Senhûrî. *Nazariyyetü'l-akd*. Beyrut: el-Mecmaü'l-İlmi'l-Arabî el-İslâmî, 1934.
- Akyol, Şener. *Borçlar Hukuku (Özel Borç İlişkileri) I. Fasikül*. İstanbul: Fakülteler Matbaası, 1984.
- Apaydın, Şüheda Nur. "Türk ve İslam Hukukunda Sözleşmenin İçeriğini Düzenleme Özgürlüğü ve Sınırları". Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Erciyes Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2023.
- Aral, Fahrettin, ve Hasan Ayrancı. *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*. Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş Tıpkı 12. Baskı. Ankara: Yetkin Yayınları, 2019.
- Armağan, Servet. *Anahatlarıyla İslâm Hukuku (Temel Bilgiler-Kaynaklar)*. İstanbul: Işık Akademi Yayınları, 2009.
- Armağan, Servet. *İslâm Ekonomisi*. İstanbul: Gündönümü Yayınları, 2005.
- Aydın, Mehmet Akif. *Türk Hukuk Tarihi*. 16. Baskı. İstanbul: Beta Yayınları, 2019.
- Ayengin, Tevhit. "İslâm'da İktisadî Hayatın Ahlâkî Boyutu". *İslâmî Araştırmalar*, C. 16/S. 4 (2003): (s. 648-659).
- Azzâm, Hamed Fahri. "Bir Akidde Akidlerin Birleşmesinin Hükümü 'Çağdaş Uygulamalara Temel Bir Yaklaşım'". Çev. Ahmet İnanır. *Bingöl Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi* III, sy 5 (2015): 299-328.
- Balta, Yusuf. "Telakkî'l-Celeb/Rukbân (Dışardan Pazara Getirilen Malları Karşılama) Hadisinden Çıkarılan Fıkhi Hükümler". *Gümüşhane Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi*, C. 12/S. 23 (2023): (s. 52-81).
- Bardakoğlu, Ali. "İslâm Hukukunda Akit Hürriyeti ve Akdî Şartlar Açısından Bu Hürriyetin Sınırı". *Erciyes Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi*, S. 1 (1983): (s. 9-30).
- Berki, Ali Himmet. *Hukuk Tarihinden İslâm Hukuku*. Ankara: Diyanet İşleri Reisliği Yayınları, 1955.
- Bingöl, Muhammet Emin. "TTK M. 112 Kapsamında Denkleştirme İsteminin Hukuki Niteliği". İçinde *Sorumluluk Hukuku Seminerler*, editör Başak Baysal, 1. Baskı., İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2016: (s. 141-169).
- Bölükbaşı, Ali Haydar. *İslâm Borçlar Hukukunda Niza*. 1. Baskı. Ankara: Türkiye Diyanet Vakfı Yayınları, 2022.
- Çalış, Halit. "İslâm Borçlar Hukukunda Akit Serbestisi ve Genel Olarak Sınırlamaları". *Dini Araştırmalar*, C. 7/S. 19 (2004): (s. 269-295).
- Çayıroğlu, Yüksel. "İslâm Hukukuna Göre İhtikâr Yasağı". *Dicle Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi*, C. XVII, S. 2 (2015): (s. 315-370).
- Çeker, Orhan. *İslam Hukukunda Akidler*. 1. Baskı. Konya: Tekin Kitabevi, 2014.
- Çolak, Abdullah. "İslâm'ın İktisadî Prensipleri". *Dinbilimleri Akademik Araştırma Dergisi*, C. 3/S. 4 (2003): (s. 29-49).
- Dağ, Kübra. *Tek Satıcılık Sözleşmesinin Sona Ermesi ve Sona Ermenin Hukuki Sonuçları*. 1. Baskı. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2021.
- Dilek, Uğur Bekir. "İslâm Hukuku Açısından Genel İşlem Koşulları İçeren Akidler: İz'an Akidleri (Türk Borçlar Kanunu Bağlamında)". *Marifet: Dini Araştırmalar Dergisi*, C. XVIII/S. 1 (2018): (s. 231-257).
- Döndüren, Hamdi. "İslâm Hukukuna Göre Akdin Feshinden Doğan Tazminat, Rekabet, Reklâm-Promosyon ve Acentelerin Temsil Yetkisi". *I. Uluslararası İslâm Ticaret Hukukunun Günümüzdeki Meseleleri Kongresi*, Konya: Kombad Yayınları, 1997: (s. 112-138).
- Dürî, Kahtân Abdurrahman. *el-İhtikâr ve asaruhu fi'l-fikhi'l-İslâmî*. y.y.: Dârü'l-Furkan, 2000.

- Erdem, Ercüment. “Tek Satıcılık Sözleşmesinde Denkleştirme Talebi (Müşteri Tazminatı)”. İçinde *Bilgi Toplumunda Hukuku Ünal Tekinalp’e Armağan Cilt I*, editör Hüseyin Ülgen, Arslan Kaya, ve Gül Okuyan Nilsson, 1. Baskı., İstanbul: Beta Basım A.Ş., 2003: (s. 91-120).
- Erdoğan, Mehmet. *Fıkıh ve Hukuk Terimleri Sözlüğü*. 7. Baskı. İstanbul: Ensar Yayınları, 2019.
- Eren, Fikret. *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*. 9. Baskı. Ankara: Yetkin Yayınları, 2021.
- Eren, Fikret. “İsimsiz Sözleşmelere İlişkin Bazı Sorunlar”. *Prof. Dr. Turgut Akıntürk’e Armağan*, İstanbul: Beta Basım A.Ş., 2008: (s. 85-111).
- Eren, Fikret. “İsimsiz Sözleşmelerin Genel Teorisi”. *Türk Borçlar Hukuku Açısından İsimsiz Sözleşmeler Sempozyumu*, editör Z. İpek Yücer Aktürk, Ankara: Yetkin Yayınları, 2022: (s. 13-55).
- Eskicioğlu, Osman. *İslam Hukuku Açısından Serbest Piyasa Ekonomisi*. İzmir: Anadolu Matbaacılık, 1995.
- Fikri, Ahmad Lutfi Rijalul. “Qawā'id al-Fıqhıyyah Analysis on the Prohibition of Monopoly Practices and Unfair Business Competition: A Critical Review”. *Justica Islamica: Jurnal Kajian Hukum dan Sosial*, C. 18/S. 1 (2021): (s. 133-148).
- Güçlü, Hasan Ali. *Franchise Sözleşmesi*. 2. Baskı. İstanbul: Aristo Yayınevi, 2020.
- Güçlüer, Alev. *Tek Satıcılık Sözleşmesi*. 1. Baskı. İstanbul: Platon Plus Yayıncılık A.Ş. Yayınları, 2023.
- Gümüş, Mustafa Alper. *Borçlar Hukuku Özel Hükümler Cilt-I*. 3. Bası. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2013.
- Gürkaynak, Gönenç. *Rekabet Hukuku*. 1. Baskı. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2022.
- Haçkalı, Abdurrahman. “İslâm Hukuku Açısından Akit Serbestisi Prensibi”. *Dinî Araştırmalar*, C. 5/ S. 13, t.y.: (s. 119-136).
- Hafif, Ali. *İslam Hukukuna Göre Hukukî İşlemler ve Hükümleri (Eşya Hukuku ve Borçlar Hukuku)*. Çev. Rahmi Yaran. 4. Baskı. Ankara: Türkiye Diyanet Vakfı Yayınları, 2018.
- Hammad, Nezi. “İctimâ' ukûd-u'l-müteaddide fi safka vâhide”. *Kazâyâ fikhıyye muâsıra fi'l-mâl ve'l-iktisâd*, Di-maşk: Dârü'l-Kalem, 2001: (s. 247-279).
- Hasauzzaman, S. M. *İslam İktisadının Fıkhi İlkeleri*. Çev. Hamdi Çilingir. 1. Baskı. İstanbul: İktisat Yayınları, 2017.
- İbrahim, Hüsnî Abdüsseмі'. *Mevkûfû's-şeriatî'l-İslâmiyye mine'l-ihdikâr: dirâse fikhıyye mukârene*. İskenderiye: Münşetü'l-Maârif, 2011.
- İslâm Fıkıh Akademisi, “Karar”, *Mecelletü Mecmai'l-fikhi'l-İslâmî*, 14/3, 2004.
- İşgüzar, Hasan. *Tek Satıcılık Sözleşmesi*. İstanbul: Dayınanlı Hukuk Yayınları, 1989.
- Johan, Arvie. “Monopoly Prohibition According to Islamic Law: A Law and Economics Approach”. *Mimbar Hukum*, C. 27/S. 1 (2015): (s.166-178).
- Karadağı, Ali Muhyiddin Ali. “Ehâdisü'n-nehy an safkateyn fi safka vâhide seneduhâ ve metnuhâ ve fikhuhâ”. *Buhûs fi fikhî'l-muâmelâti'l-mâliyyeti'l-muâsıra*, Beyrut: Dârü'l-Beşâiri'l-İslâmiyye, 2001: (s. 343-391).
- Karaman, Hayreddin. *Mukayeseli İslam Hukuku* 2. 9. Baskı. İstanbul: İz Yayıncılık, 2016.
- Karayaka, Hüseyin. “Akit Hürriyetinin Kur'ânî Dayanakları”. *İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi*, S. 36 (2020): (s. 227-253).
- Karayaka, Hüseyin. *İslam Borçlar Hukukunda Akit Hürriyeti*. İstanbul: Kitap Dünyası Yayınları, 2022.
- Kaya, Arslan. *Türk Ticaret Kanunu Şerhi Acentelik*. 2. Baskı. İstanbul: Beta Basım A.Ş., 2016.
- Kaya, Mustafa İsmail. *Acentelik Hukuku*. 1. Baskı. Ankara: Adalet Yayınevi, 2014.

- Kayihan, Şaban. *Türk Hukukunda Acentelik Sözleşmesi*. Güncellenmiş 5. Baskı. Kocaeli: Umuttepe Yayınları, 2018.
- Kılıçoğlu, Ahmet M. *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*. Genişletilmiş 3. Bası. Ankara: Turhan Kitabevi, 2021.
- Koç, Mehmet. *Acentenin Denkleştirme İstemi (Portföy Tazminatı)*. 1. Baskı. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2020.
- Küçükayhan Aşçıoğlu, Meltem. *Rekabet Hukuku ve Dağıtım Sözleşmeleri*. 1. Baskı. Ankara: Adalet Yayınevi, 2011.
- Nurcu, Elif İlkay. *Bayilik Sözleşmesi*. 1. Baskı. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2021.
- TDV Diyanet İslam Ansiklopedisi. Ali Bardakoğlu. C. 6. İstanbul: TDV Diyanet İslam Ansiklopedisi, 1992.
- TDV Diyanet İslam Ansiklopedisi. İbrahim Kâfi Dönmez. C. 7. İstanbul: TDV Diyanet İslam Ansiklopedisi, 1993.
- TDV Diyanet İslam Ansiklopedisi. İbrahim Kâfi Dönmez. C. 13. İstanbul: TDV Diyanet İslam Ansiklopedisi, 1996.
- TDV Diyanet İslam Ansiklopedisi. İbrahim Kâfi Dönmez. C. 28. Ankara: TDV Diyanet İslam Ansiklopedisi, 2003.
- TDV Diyanet İslam Ansiklopedisi. Cengiz Kallek. C. 21. Ankara: TDV Diyanet İslam Ansiklopedisi, 2000.
- TDV Diyanet İslam Ansiklopedisi. Cengiz Kallek. C. 32. Ankara: TDV Diyanet İslam Ansiklopedisi, 2006.
- Oktay, Saibe. "İsimsiz Sözleşmelerin Geçerliliği, Yorumu ve Boşlukların Tamamlanması". *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, C. 55/S. 1-2 (2011): (s. 263-296).
- Olgaç, Samet Can. *Tek Satıcılık Sözleşmesi ve Tek Satıcının Denkleştirme İstemi*. 1. Baskı. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2021.
- Onur, Mehmet. *İslam Borçlar Hukukunda Risk Teorisi ve Rizikolu Akitler*. 1. Baskı. Ankara: Astana Yayınları, 2018.
- Ömer, Eşref Resmî Enîs, "el-Vekâletü't-ticâriyye el-hasriyye fi'l-fikhil'l-İslâmî ve'l-kânûn", Yüksek Lisans Tezi, Câmîatü Necâh Vataniyye, 2012.
- Özdirek, Recep. *İslâm Hukukunda Akdın Sınırları*. İstanbul: Yedirenk, 2010.
- Rado, Türkân. *Roma Hukuku Dersleri Borçlar Hukuku*. 16. Bası. İstanbul: Filiz Kitabevi, 2021.
- Rûmî, Muhammed Suheyb b. Selmân, "el-Vekâletü'l-hasriyye ve alâkatuhâ bi'l-ihikâr fi'l-fikhi'l-İslâmî", Yüksek Lisans Tezi, Câmîatü İslâmiyye (Gazze), 2011.
- Sak, Burak. *Dağıtım Sözleşmelerinde Denkleştirme İstemi (TTK m. 122)*. 1. Baskı. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2020.
- Saleem, Muhammed Yusuf. *Islamic Commercial Law*. Singapore: John Wiley&Sons, 2013.
- Samar, Mahmut. *İslâmî Finans Ürünlerinde Akitlerin Birleştirilmesi*. 1. Baskı. İstanbul: Hikmetevi Yayınları, 2019.
- Seliçi, Özer. *Borçlar Kanununa Göre Sözleşmeden Doğan Sürekli Borç İlişkilerinin Sona Ermesi*. İstanbul: Fakülter Matbaası, 1976.
- Serozan, Rona, Başak Baysal, ve Kerem Cem Sanlı. *Borçlar Hukuku Özel Bölüm*. Güncellenmiş ve Genişletilmiş 4. Bası. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2019.
- Tabakoğlu, Ahmet. *İslâm İktisadına Giriş*. Gözden Geçirilmiş 2. Baskı. İstanbul: Dergâh Yayınları, 2008.
- Tabakoğlu, Ahmet. *Toplu Makaleler II İslâm İktisadı*. İstanbul: Kitabevi, 2005.
- Tahiroğlu, Bülent. *Roma Borçlar Hukuku*. İstanbul: Der Yayınları, 2016.
- Tandoğan, Halûk. "Tek Satıcılık Sözleşmesi". *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, C. 11/S. 4 (1982): (s. 1-36).

- Tatlı, Tuğba. “Tek Satıcılık Sözleşmesinde Tek Satıcının Tekel Hakkının Rekabet Hukuku Boyutuyla Değerlendirilmesi”. Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Yaşar Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2019.
- Uyanık, Zeki. “İslam Hukukunda İhtikâr”. *İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi*, S. 16 (2010): (s. 433-476).
- Yeniocak, Umut. *Franchise Sözleşmesi*. 1. Baskı. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2016.
- Yeşiltepe, Salih Önder. “Tek Satıcılık Sözleşmesinde Tekel Hakkının Üçüncü Kişilere Karşı İleri Sürülmesi”. *İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 4/S. 2 (2017): (s. 133-152).
- Yeşiltepe, Salih Önder. “Tek Satıcılık Sözleşmesinin Öğretide Benzer Olarak Belirtilen Sözleşmelerden Ayırt Edilmesi”. *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, C. 13/S. 1-2 (2007): (s. 169-191).
- Yılmaz, Hümeysra. *Acentenin Denkleştirme İstemi*. 1. Baskı. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2020.
- Yiğitbaşı, Beyza. “Tek Satıcının Rekabet Etme Yasası”. Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Medipol Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2021.
- Yücer Aktürk, İpek. *İsimsiz Sözleşme Genel Teorisi ve Uzaktan Öğretim Sözleşmesi*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2016.
- Zerka, Mustafa Ahmed. *İslâm Hukuku I. Çev. Servet Armağan. Gözden Geçirilmiş 2. Baskı. İstanbul: Gündönümü Yayınları, 2006.*
- Zevkliler, Aydın, ve K. Emre Gökyayla. *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*. 20. Bası. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2020.
- Zeydân, Abdulkerim. *İslâm Hukukuna Giriş*. Çev. Ali Şafak. 13. Baskı. İstanbul: Kayıhan Yayınları, 2020.
- Zühaylî, Vehbe. *el-Fikhü'l-İslâmî ve edilletuhu*. Dımaşk: Dârü'l-Fikr, 1997.



İntihal | Plagiarism: Bu makale, en az iki hakem tarafından incelendi ve intihal içermediği teyit edildi.

| This article has been reviewed by at least two referees and scanned via a plagiarism software.

## PORTEKİZ İDARE HUKUKU: ANAYASAL ÇERÇEVE, İDARİ USUL VE YARGISAL DENETİM

### PORTUGUESE ADMINISTRATIVE LAW: CONSTITUTIONAL FRAMEWORK, ADMINISTRATIVE PROCEDURE AND JUDICIAL REVIEW

Dr. Öğr. Üyesi Halim Alperen Çıtak\*

#### ÖZ

Yürürlükteki 1976 tarihli Portekiz Anayasası, uzun süren bir diktatörlük tecrübesinden sonra yapılması sebebiyle, kamu gücü kullanan otoriteleri olabildiğince sınırlamayı amaçlayan, kazuistik ve sert bir anayasadır. İdarenin teşkilatlanmasına ve faaliyetine ilişkin detaylı hükümler içeren, aynı zamanda idari usulün ve idari yargılama usulünün çerçevesini çizen Anayasa, idare hukukunun anayasallaşması olgusuna da örnek teşkil etmektedir. Anayasa'daki etkili yargısal korunma hakkını somutlaştıran 2002 tarihli İdari Yargılama Usulü Kanunu (Código de Processo nos Tribunais Administrativos), başta yargısal emir olmak üzere, idari yargıcı güçlendiren birçok müesseseyi düzenlemektedir. Son versiyonu 2015 yılında yürürlüğe giren İdari Usul Kanunu (Código do Procedimento Administrativo) ise, Anayasa'nın koyduğu esaslar doğrultusunda, idare ile bireyler arasındaki eşitsizliği azaltan çok sayıda yeni çözüm getirmektedir. İdari yargı örgütü bakımından yaklaşık bir buçuk asırdır Fransız modelini benimseyen ülke, yine Anayasa'nın etkisiyle mahkeme tipi örgütlenmeyi (Alman modelini) tercih etmiş durumdadır. Bu makale, Portekiz'de idarenin yargısal denetimine ilişkin anayasal çerçeveyi tasvir etmekte, İdari Usul Kanunu ve İdari Yargılama Usulü Kanunu hakkında temel bilgiler vermekte ve Türk hukuku açısından karşılaştırmalı değerlendirmelerde bulunmaktadır.

**Anahtar Kelimeler:** Portekiz, İdari Yargı, İdarenin Yargısal Denetimi, İdari Usul, Yargısal Emir.

\* Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku Ana Bilim Dalı.

0000-0001-8355-4815 halim.citak@hbv.edu.tr



Bu eser Creative Commons Atıf-Gayri Ticari-Türetilmez 4.0 Uluslararası Lisansı ile lisanslanmıştır. This work is licensed under a Creative Commons Attribution-NonCommercial-NoDerivatives 4.0 International License.



## ABSTRACT

The current Constitution of Portuguese Republic (1976) is an entrenched and detailed constitution which aims to limit as much as possible the bodies exercising public power, since it was made after a long period of dictatorship. The Constitution, including detailed provisions on the organization and functioning of the administration and drawing the framework of the administrative procedure and administrative judicial procedure, sets an example for the constitutionalization of administrative law as well. The 2002 Code of Procedure in the Administrative Courts (Código de Processo nos Tribunais Administrativos), which concretizes the constitutional right to effective judicial protection, regulates many institutions strengthening administrative judge, especially the power of injunction. The Code of Administrative Procedure (Código do Procedimento Administrativo), the last version of which came into force in 2015, introduces many new solutions that reduce the inequality between the administration and individuals, in the direction of the principles set by the Constitution. In terms of the organization of the administrative judiciary, Portugal had adopted the French model (Council of State-type) for about a century and a half. With the influence of the Constitution of 1976, German model (court-type) has been preferred. This article describes the constitutional framework regarding the judicial review of the administration in Portugal, gives basic information about the Code of Administrative Procedure and the Code of Procedure in the Administrative Courts and makes comparative evaluations concerning Turkish law.

**Keywords:** Portugal, Administrative Justice, Judicial Review of Administration, Administrative Procedure, Injunction.

## GİRİŞ

Kıta Avrupası ülkelerinin çoğunda, yargı ayrılığı (*dualisme juridictionnel*) esası benimsenmektedir. Genel (adli) yargıdan ayrı tutulan idari yargı kolunun teşkilatlanması ve faaliyet tarzı açısından ise, çeşitli ulusal hukuk sistemlerinde kabul gören iki alt-modelden bahsedilebilir. Prototipini Fransa'nın teşkil ettiği ilk model, idare cihazıyla gerek personel gerekse işleyiş itibarıyla daha sıkı irtibatı bulunan ve yargılamaya ilaveten danışmanlık niteliğinde görevler de üstlenen *Danıştay tipi örgütlenmedir*. Bu modelde objektif hukuk düzeninin korunması ve kamu yararı (umumi menfaat) ile özel (ferdi) çıkarların bağdaştırılması amaçları öncelenir<sup>1</sup>. Kamu gücü karşısında bireylerin sübjektif hakları ile temel hak ve hürriyetleri korumaya odaklanan ve prototipi Almanya olan ikinci model, hiçbir idari görevi bulunmaksızın, sadece yargılama yapan bir yüksek idare mahkemesini öngören *mahkeme tipi örgütlenmedir*<sup>2</sup>.

Kamu yönetimini Napolyoncu esaslara göre kuran<sup>3</sup> ve başlangıçta Danıştay tipi örgütlenmeyi benimseyen Portekiz, yirminci yüzyıldan itibaren Alman hukuk öğretisinin tesiri altına girmiş ve hala yürürlükte bulunan 1976 Anayasası'ndan sonra mahkeme tipi örgütlenmeye geçmiştir. İki modeli de tecrübe etmiş olması, karşılaştırmalı idare hukuku açısından bu ülkeye örneklik değeri kazandırmaktadır. Portekiz'de genel idari usul ve idari yargılama usulü, yakın zamanda revize edilmiş ve detaylı biçimde düzenlenmiştir. Bu durum, henüz bir genel idari usul kanunu bulunmayan ve mevcut idari yargılama usulünü gözden geçirmesi gereken Türkiye özelinde, ülkenin örneklik değerini artırmaktadır.

Yukarıdaki tespitlerden hareketle kaleme alınan bu çalışmada, öncelikle Portekiz'de idarenin yargısal denetimine imkân veren anayasal çerçeve tasvir edilecektir. Daha sonra ülkedeki genel idari usule, idari yargı örgütüne ve idari yargılama usulüne ilişkin temel bilgiler verilecektir. Yapılan bu betimlemeye yer yer mukayeseli bir bakış da eşlik edecek ve Portekiz

<sup>1</sup> Tam bu noktada, özellikle son yarım asır boyunca, bizzat Fransız örneğinin yukarıda betimlenen *ideal tipten* uzaklaştığını belirtmek gerekir. Zira Fransa'da *Conseil d'État* dışındaki idari yargı yerlerinin aktif idareyle organik bağı neredeyse tamamen kopmuş durumdadır. Daha da önemlisi, idari yargıcın yetkileri ve yargılama usulü bakımından sübjektif hakların ve temel hak ve hürriyetlerin korunması amacını öne çıkaran ciddi reformlar yapılmıştır.

<sup>2</sup> Kamile Türkoğlu Üstün, "Almanya'da İdari Yargının Tarihi Gelişimi", *Prof. Dr. Metin Günday Armağanı (2. Cilt)*, Ankara: Atılım Üniversitesi Yayınları, 2020, s. 1443 ve 1465. İki model arasındaki *öncelikli amaç* farkı, idari yargının doğduğu dönemde Fransa ve Prusya'nın (daha sonra Almanya'nın) içinde bulunduğu siyasi-sosyal koşullarla ilgilidir. İdari yargı; Fransa'da yürütmenin (kâh imparatorun, kâh kralın) ve reaksiyoner güçlerin temsilcisi, Prusya'da ise liberal kesimlerin yürütmeye karşı dengeleyici bir kuvvet arayışının tezahürü olarak tarih sahnesine çıkmıştır. Daha kısa ifadeyle, Fransız idari yargısı *yürütme tarafından*, Alman idari yargısı ise *yürütmeye rağmen* var edilmiştir. Aynı yönde: Moshe Cohen-Eliya ve Iddo Porat, "The Administrative Origins of Constitutional Rights and Global Constitutionalism", *Proportionality: New Frontiers, New Challenges*, ed., Vicki C. Jackson ve Mark Tushnet, New York: Cambridge University Press, 2017, s. 112-116.

<sup>3</sup> Filipe Teles, "Public Administration in Portugal", *European Perspectives for Public Administration: The Way Forward*, ed., Geert Bouckaert ve Werner Jann, Leuven: Leuven University Press, 2020, s. 441; Edoardo Ongaro, *Public Management Reform and Modernization: Trajectories of Administrative Change in Italy, France, Greece, Portugal and Spain*, Northampton: Edward Elgar Publishing, 2009, s. 6-13.

sisteminin Türk hukuku bakımından göz önünde tutulması gereken yönlerine ilişkin bazı değerlendirmelerde bulunulacaktır<sup>4</sup>.

## I. ANAYASAL ÇERÇEVE

Kıta Avrupası'nın en batı ucunda, Atlas Okyanusu'nun kıyısında yer alan Portekiz Cumhuriyeti (*República Portuguesa*); İber Yarımadası'nın güneybatıdan kuzeybatıya takribi doksan bin kilometrekarelik kısmını, yaklaşık on milyonluk nüfusuyla kaplayan bir ülkedir<sup>5</sup>. Geçmişte feodalite ve mutlak monarşi gibi siyasi örgütlenme biçimlerini tecrübe eden ülkede 19. yüzyılın büyük bölümüne hâkim olan rejim, meşrutî monarşidir<sup>6</sup>. İmparator IV. Don Pedro tarafından 1826 yılında, 1814 Fransız Anayasal Şartı (*Charte constitutionnelle*) örnek alınarak ilan edilen Anayasal Şart (*Carta Constitucional da Monarquia*), 1910 yılına kadar - birkaç kesinti haricinde- yürürlükte kalmıştır<sup>7</sup>. Akabinde Portekiz, 1910'daki halk devrimiyile başlayıp 1926'da sona eren kısa ve istikrarsız bir demokratik cumhuriyet dönemi yaşamıştır<sup>8</sup> (bu, İsviçre ve Fransa'dan sonra Avrupa'da ortaya çıkan üçüncü cumhuriyet rejimidir<sup>9</sup>). İki savaş arası ekonomik krizin tetiklediği 1926 askeri darbesinden itibaren diktatörlüğe evrilen rejim, 1974'te *Karanfil Devrimi* adı verilen başka bir askeri darbeyle dönüşmüş ve yeniden demokratik bir karakter kazanmıştır<sup>10</sup>.

### A. GENEL BAKIŞ

Kurucu Meclis tarafından 2 Nisan 1976'da kabul edilen ve dünyada üçüncü anayasacılık dalgasını başlatan metinlerden biri olarak görülen<sup>11</sup> Portekiz Anayasası (metnin devamında *Anayasa* olarak anılacaktır); 1982, 1989, 1992, 1997, 2001, 2004 ve 2005 yıllarında önemli

<sup>4</sup> Avrupa Birliği, Avrupa Konseyi ve Türkiye Cumhuriyeti tarafından müştereken finanse edilen *İdari Yargının Etkinliğinin Artırılması ve Danıştay'ın Kurumsal Kapasitesinin Güçlendirilmesi Projesi* kapsamında, 25-29 Nisan 2023 tarihlerinde Portekiz'in başkenti Lizbon'a bir çalışma ziyareti gerçekleştirilmiştir. Danıştay, Hâkimler ve Savcılar Kurulu ve Adalet Bakanlığı yetkililerinden oluşan Türk heyetine, ulusal danışman ve akademisyen sıfatıyla, yazar da iştirak etmiştir. Ziyaret boyunca; idare ve vergi mahkemelerine (*tribunais administrativos e tribunais tributários*), Lizbon Bölge İdare Mahkemesine (*Tribunal Central Administrativo Sul*) ve Yüksek İdare Mahkemesine (*Supremo Tribunal Administrativo*) gidilerek, ilgili mahkemelerin üyeleriyle fikir alışverişine imkân veren bir dizi toplantı yapılmıştır. Makalede, işte bu toplantılar esnasında doğrudan doğruya edinilen ve yazar tarafından hazırlanmış çalışma ziyareti raporuna da yansıtılan bilgilere yer yer atıfta bulunulacaktır. Ziyaret hakkında bkz. "Türk Heyetinin İdari Yargı Alanında Lizbon Çalışma Ziyareti", son güncelleme 30.06.2023, <https://www.coe.int/tr/web/ankara/news>. Yazar, elde edilen malumatın akademik bir çalışmada kullanılmasına izin veren proje yetkililerine teşekkür eder.

<sup>5</sup> "Portugal", son güncelleme 24.06.2023, <https://www.britannica.com/place/Portugal>.

<sup>6</sup> Walter C. Opollo Jr., *Portugal's Political Development*, Londra: Westview Press, 1985, s. 13-41.

<sup>7</sup> Jörg Gerkrath, "Are 'Octroyed Constitutions' of the 19<sup>th</sup> Century to be Considered as Imposed Constitutions?", *The Law and Legitimacy of Imposed Constitutions*, ed., Richard Albert, Xenophon Contiades ve Alkmene Fotiadou, New York: Routledge, 2019, s. 125.

<sup>8</sup> David Birmingham, *A Concise History of Portugal*, Cambridge: Cambridge University Press, 2018, s. 148-156; Antonio de Figueiredo, *Portugal: Fifty Years of Dictatorship*, Middlesex: Penguin Books, 1975, s. 50 ve 233.

<sup>9</sup> Rui Graça Feijó, *Presidents in Semi-Presidential Regimes: Moderating Power in Portugal and Timor-Leste*, Cham: Palgrave Macmillan, 2021, s. 26.

<sup>10</sup> Birmingham, *A Concise History of Portugal*, s. 132; De Figueiredo, *Portugal: Fifty Years of Dictatorship*, s. 9.

<sup>11</sup> Valentina Rita Scotti, "Unamendable Constitutional Provisions and the European Common Constitutional Heritage: A Comparison Among Three Waves of Constitutionalism", *An Unamendable Constitution? Unamendability in Constitutional Democracies*, ed., Richard Albert ve Bertil Emrah Oder, Cham: Springer, 2018, s. 369.

değişiklikler geçirmekle birlikte hala yürürlüktedir<sup>12</sup>. İçerdiği toplam 296 madde ile *kazuistik* bir karakter arz eden Anayasa; devletin temel nitelikleri, temel hak ve hürriyetler ve siyasi iktidarın (devlet organlarının) teşekkülü gibi hususları teferruatlı olarak düzenlemektedir. Anayasa, değiştirilmesini diğer kanunlara nazaran daha ağır bir usule tabi kıldığı ve yapılacak değişikliklerde uyulması zorunlu ilkeler (değiştirilemez hükümler) içerdiği için *sert anayasa* niteliğindedir (m. 284-289)<sup>13</sup>.

Son derece geniş ve oldukça tüketici bir sosyal haklar listesi içermesi, Anayasa'nın belki de en orijinal özelliğidir. Buna ilaveten Anayasa'da, hükümet(ler)in ekonomi ve maliye politikalarına ilişkin yönlendirici ve bağlayıcı prensipler de bulunmaktadır<sup>14</sup>. Anayasa'nın iktisadi hayata yönelik detaylı hükümleri ve Anayasa Mahkemesinin muhtelif yıllarda çıkan bütçe kanunları hakkında bu hükümlere istinaden verdiği kararlar, Avrupa'da ortak (ve daha neo-liberal) bir ekonomi politikası takip edilmesini isteyen çevrelerin tepkisini çekmektedir<sup>15</sup>.

Anayasa'ya göre Portekiz Cumhuriyeti; insan onuruna, halk iradesine, çoğulcu-demokratik ifade ve örgütlenmeye, temel hak ve hürriyetlerin saygı duyularak güvence altına alınmasına ve kuvvetler ayrılığına dayanan, üniter ve egemen bir hukuk devletidir (m. 1-2 ve 6). Devletin tek resmi dili Portekizcedir (m. 11). Üniter devlet yapısı benimsenmekle beraber, Azor ve Madeira takımadalarına otonomi (özyönetim) imkânı tanınmıştır. Ayrıca üniter devletin örgütlenmesi ve işleyişinde yerel yönetimlerin özerkliği, sübsidiarite ve kamu idaresinin demokratik yerinden yönetimi ilkelerine riayet edilmesi öngörülmüştür (m. 6).

Egemenlik yetkisini kullanan temel devlet organları; Cumhurbaşkanı, Cumhuriyet Meclisi, Hükümet ve mahkemelerdir (m. 110). Cumhurbaşkanı; genel, gizli ve tek dereceli oylama ile doğrudan doğruya halk tarafından seçilir (m. 121). Cumhurbaşkanının; önemli kurlara (ve bazı hallerde Bakanlar Kuruluna) başkanlık etme, kimi konuları referanduma götürme, birtakım yüksek kamu görevlilerini atama, güçleştirici veto, belli kararları karşı-izmza ihtiyacı duymaksızın alabilme gibi yetkilere sahip olması (m. 120-140), ülkede yarı-başkanlığa yaklaşan bir parlamenter sistemin benimsendiğini göstermektedir.

<sup>12</sup> Yürürlükteki Portekiz Anayasası'nın resmi İngilizce tercümesi için bkz. "Constitution of the Portuguese Republic", son güncelleme 24.06.2023, <https://www.parlamento.pt/sites/EN/Parliament/Documents/Constitution7th.pdf>. Metnin Portekizce orijinali için bkz. "Constituição da República Portuguesa", son güncelleme 24.06.2023, <https://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>. Bu çalışmada Kıta Avrupası ve Anglo-Sakson hukuk sistemlerinin farklılığından kaynaklanan muhtemel çeviri sorunlarını önlemek üzere iki metinden karşılıklı olarak faydalanılmıştır.

<sup>13</sup> Anayasa'da son derece uzun bir değiştirilemez ilkeler listesi bulunmaktadır. Bununla birlikte örneğin 1989 değişiklikleri, söz konusu ilkeler dikkate alınmaksızın gerçekleştirilmiştir. Bu durum, henüz yerleşmeye başlayan demokrasilerde değiştirilemez hükümlerin pratikte işlevsiz kalabileceğine örnek olarak gösterilmektedir. Ridwanul Hoque, "Eternal Provisions in the Constitution of Bangladesh: A Constitution Once and for All?", *An Unamendable Constitution? Unamendability in Constitutional Democracies*, ed., Richard Albert ve Bertil Emrah Oder, Cham: Springer, 2018, s. 218.

<sup>14</sup> Pedro C. Magalhães, "Explaining the Constitutionalization of Social Rights: Portuguese Hypotheses and a Cross-National Test", *Social and Political Foundations of Constitutions*, ed., Denis J. Galligan ve Mila Versteeg, New York: Cambridge University Press, 2013, s. 433; Roberto Gargarella, "The Constitution and Justice", *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, ed., Michel Rosenfeld ve Andrés Sajó, Oxford: Oxford University Press, 2012, s. 347.

<sup>15</sup> Örnekler için bkz. Federico Fabbrini, *Economic Governance in Europe: Comparative Paradoxes, Constitutional Challenges*, Oxford: Oxford University Press, 2016, s. 86-89.

Karanfil Devrimi'ne, sol (sosyalist-sosyal demokrat) eğilimli askerler öncülük etmiştir. Devrim'den sonra seçilen ilk Cumhurbaşkanı ise, eski bir general olan António Ramalho Eanes'tir. Anayasa'da yarı-başkanlık sisteminden ilham alınarak kuvvetli bir Cumhurbaşkanlığı makamının oluşturulması, demokrasiye geçiş sürecinde orduya etkin bir rol verilmesi amacına matuftur<sup>16</sup>. Aynı amaçla, mevcut Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın Geçici Madde 2 hükmünde yer alan Cumhurbaşkanlığı Konseyine benzer nitelikte bir Devrim Konseyi ihdas edildiğini de belirtmek gerekir. Kanun gücünde kurallar koyabilen ve yasama organınca çıkarılan kanunların Anayasa'ya uygunluğunu denetleyebilen bu heyet, daha sonra -1982'de- ortadan kaldırılmıştır<sup>17</sup>. Devlet başkanının klasik parlamentarizmden sapacak ölçüde güçlendirilmesi, birinci cumhuriyet döneminde (1910-1926) yaşanan ve devamındaki diktatörlüğe gerekçe teşkil eden istikrarsızlıkları<sup>18</sup> önleme kaygısıyla da açıklanabilir<sup>19</sup>.

Fransa ve Türkiye'de aynı zamanda idari yargının yüksek mahkemesi olarak görev yapan Devlet Şurası/Danıştay (*Conselho de Estado*), Portekiz'de yargısal niteliği bulunmayan ve Cumhurbaşkanıya tavsiye veren siyasi bir danışma organı olarak karşımıza çıkmaktadır (m. 141-146). Cumhurbaşkanı, uymak mecburiyetinde olmasa da; olağanüstü hal ilanı, seçimlerin yenilenmesi, hükümet üyelerinin görevden alınması gibi bazı önemli kararları vermeden önce Devlet Şurasının görüşüne başvurmak zorundadır. Örneğin COVID-19 salgını esnasında Cumhurbaşkanı Marcelo Rebelo de Sousa, olağanüstü hal ilan kararını Devlet Şurasına danışmak suretiyle almıştır<sup>20</sup>.

Üyeleri tıpkı Cumhurbaşkanı gibi halk tarafından seçilen Cumhuriyet Meclisi, Portekiz'in yasama organı olup, yürütme organı üzerinde gensoru ve bütçe gibi denetim araçlarına sahiptir (m. 147-163). Ülkenin genel siyasetini yürüten ve kamu idaresinin en üst organı olan Hükümet, Cumhurbaşkanıya nazaran, yürütmenin daha aktif ve sorumlu kanadını teşkil eder. Başbakan, başbakan yardımcıları, bakanlar, müsteşarlar ve müsteşar yardımcılarında oluşan Hükümet, siyaseten Cumhuriyet Meclisine ve Cumhurbaşkanıya karşı sorumludur. Yasama organı esasen Cumhuriyet Meclisi olmasına rağmen, Hükümetin Anayasa'da açıkça belirlenen bazı konularda kanun hükmünde kararname (*decretos-leis*) çıkarmak suretiyle sınırlı bir asli düzenleme yetkisi bulunmaktadır. Anayasa; münhasıran yasamanın ve münhasıran yürütmenin düzenleme alanına bıraktığı konular haricinde bir de *kısmen münhasır yasama alanı*

<sup>16</sup> Sophie Boyron, "Semi-Presidentialism: The Rise of an 'Accidental' Model", *The Oxford Handbook of Comparative Administrative Law*, ed., Peter Cane, Herwig C. H. Hofmann, Eric C. Ip ve Peter L. Lindseth, Oxford: Oxford University Press, 2021, s. 401.

<sup>17</sup> Ozan O. Varol, "Constitutional Performance in Transitions from Military to Civilian Rule", *Assessing Constitutional Performance*, ed., Tom Ginsburg ve Aziz Z. Huq, New York: Cambridge University Press, 2016, s. 149-150; Bill Kissane ve Nick Sitter, "National Identity and Constitutions in Modern Europe: Into the Fifth Zone", *Comparative Constitution Making*, ed., David Landau ve Hanna Lerner, Northampton: Edward Elgar Publishing, 2019, s. 423; Susan Alberts, Chris Warshaw ve Barry R. Weingasts, "Democratization and Counter-majoritarian Institutions: Power and Constitutional Design in Self-Enforcing Democracy", *Comparative Constitutional Design*, ed., Tom Ginsburg, New York: Cambridge University Press, 2012, s. 74.

<sup>18</sup> Yalnızca on altı yıl süren bu dönemde Portekiz, kırk farklı kişi tarafından kurulan toplam kırk beş hükümet görmüştür. Feijó, *Presidents in Semi-Presidential Regimes: Moderating Power in Portugal and Timor-Leste*, s. 26.

<sup>19</sup> Opello, *Portugal's Political Development*, s. 147-148; Feijó, *Presidents in Semi-Presidential Regimes: Moderating Power in Portugal and Timor-Leste*, s. 32.

<sup>20</sup> Feijó, *Presidents in Semi-Presidential Regimes: Moderating Power in Portugal and Timor-Leste*, s. 121.

öngörmektedir. Hükümet bu alanda ise ancak Cumhuriyet Meclisinden alacağı yetki kanununa dayanarak kararname çıkarabilmektedir (m. 112, 164, 165 ve 198).

## B. KAMU İDARESİ

Anayasa'ya göre kamu idaresi, kamu yararını gözetmek ve vatandaşların hukuken korunan her türlü hak ve menfaatine hürmet göstermek zorundadır. İdari makamlar ve kamu görevlileri Anayasa'ya ve kanunlara tabi olup görevlerini ifa ederken eşitlik, ölçülülük, adalet, tarafsızlık ve iyi niyet ilkelerine uygun hareket edecektir (m. 266). Kamu idaresinin yapılmasına ilişkin anayasal esaslar ise şu şekildedir:

- İdare; bürokrasi ve kırtasiyeciliği engelleyecek, birimlerini ve hizmetlerini yerel halka daha yakın kılacak ve ilgili tarafların çeşitli sivil toplum örgütleri vasıtasıyla yönetime katılımını sağlayacak şekilde yapılandırılacaktır (m. 267/1).
- Kanunlar, yerinden yönetimi ve yetki genişliğini düzenlerken, idarenin bütünlüğüne ve etkinliğine hanel getirmeyecek ölçüde idari vesayet yetkileri öngörebilecektir (m. 267/2).
- Kanunla bağımsız idari entiteler<sup>21</sup> ihdas edilebilecektir (m. 267/3).
- Kamusal cemiyetler (*associações públicas*)<sup>22</sup>, sendikalara özgü işlevler hariç olmak üzere, sadece belirli amaçlar için kurulabilecek ve organlarının demokratik oluşumu ve üyelerinin haklarına saygı temelinde örgütlenecektir (m. 267/4).
- İdari faaliyetler, kaynakların akılcı kullanımını ve halkın kendilerini ilgilendiren işlemlerin tesis edilmesi sürecine katılımını temin edecek şekilde özel bir kanunla düzenlenecektir (m. 267/5)<sup>23</sup>.
- Kamu gücü kullanan özel hukuk kişileri, kanunda öngörülmele kaydıyla, idari denetime tabi kılınabilecektir (m. 267/6).

Anayasa, kamu idaresi karşısında vatandaşlara birtakım haklar ve güvenceler de sunmaktadır (m. 268 - genel idari usulün çerçevesini oluşturan bu düzenlemeler, müteakip başlıkta ayrıca ele alınacaktır). Temel hak ve hürriyetler ile kamu idaresi karşısında vatandaşlara tanınan diğer teminatlara ilişkin Anayasa hükümlerinin *doğrudan uygulanabilir* nitelikte olduğu ve bütün idari makamları bağladığı, ayrıca hüküm altına alınmıştır (m. 18/1). Anayasa; devletin ve

<sup>21</sup> Bu maddede geçen *bağımsız idari entiteler* (*entidades administrativas independentes*) terimi, Türk idare hukukunda aşına olunan bağımsız idari otorite türlerinin neredeyse tamamını kapsamakla birlikte, merkezi idarenin hiyerarşi veya vesayet denetimine tabi olmaksızın bazı idari işlevler gören yüksek yargı kurulları, Ombudsman veya Ulusal Seçim Komisyonu gibi heyet yahut kurumları da içermektedir. Kapsam farklılığı nedeniyle çeviride özgün kelime olan *entite* muhafaza edilmiştir.

<sup>22</sup> Portekiz hukukunda, medeni hukuka göre kurulan derneklere ilaveten, taşıdıkları kamu yararı amacı sebebiyle kamu tüzel kişisi sayılarak kamu hukukuna tabi kılınan, ancak yönetim ve karar organları daha katılımcı bir şekilde (seçimle) oluşturulan *kamusal cemiyetler* adlı bir kategori bulunmaktadır. Bu kategori; mesleki kuruluşları, mahalli idare birliklerini ve Lizbon Bilimler Akademisi gibi bazı bilimsel ve teknik kuruluşları ihtiva etmektedir. Özel hukuktaki derneklele karıştırılmaması için, Türk idari teşkilatında tam karşılığı bulunmayan bu yapının ismi tercüme edilirken *cemiyet* kelimesi tercih edilmiştir. “Associação pública”, son güncelleme 30.06.2023, <https://diariodarepublica.pt/dr/lexionario/termo/associacao-publica>.

<sup>23</sup> Bu hüküm aynı zamanda, sonraki başlıkta incelenen İdari Usul Kanunu'nun çıkarılma sebebidir. José Eduardo Figueiredo Dias, “Portugal”, *Codification of Administrative Procedure*, ed., Jean-Bernard Aubry, Bruylant, 2013, s. 349.



diğer kamu tüzel kişilerinin -gerek icraî gerekse ihmali- bütün davranışları neticesinde doğan zararlardan sorumlu olduğunu da düzenlemiş durumdadır (m. 22).

Üniter devlet esasını getirmekle birlikte yerinden yönetim ilkesini de benimseyen Anayasa, tüzel kişilik tanıdığı mahallî idarelerin idari ve mali özerkliğini garanti altına alan detaylı hükümler içermektedir (m. 235-243). Mahallî idare türleri; idari bölgeler (*regiões administrativas*), belediyeler (*municípios*) ve köyler (yahut mahalleler - *freguesias*) olarak belirlenmiştir. Anayasa, kanunla büyük yerleşim yerlerine ve adalara özgü mahalli idare türlerinin yaratılmasına da müsaade etmektedir (m. 236). Bütün bu düzenlemelere rağmen, Portekiz idaresinin fiiliyatta son derece merkezîyetçi olduğu söylenebilir<sup>24</sup>. Ekonomik İşbirliği ve Kalkınma Örgütü (OECD) tarafından hazırlanan bir raporda, Portekiz kamu sektörü *fazlasıyla merkezîyetçi* bulunmuş ve 2008 yılı itibarıyla ülkedeki kamu personelinin %78'inin merkezi idare bünyesinde istihdam edildiği saptanmıştır<sup>25</sup>. Başka bir çalışmada ise, 2020 yılında kamu harcamalarının %88'inin merkezi idare düzeyinde gerçekleştirildiği tespit edilmiştir<sup>26</sup>. Nitekim siyaset bilimci Walter Opello da, henüz 1985 yılında, merkezîyetçiliğin Portekiz siyasi kültüründen kaynaklanan bağımsız bir vakia olduğunu ve 1976 Anayasası'nın (ve diğer mevzuatın) pratikte hiçbir şeyi değiştir(e)mediğini ifade etmektedir<sup>27</sup>.

### C. YARGI ERKİ VE ADALET YÖNETİMİ

Egemenlik yetkisi kullanan ve halk adına karar veren bağımsız mahkemeler, devletin yargı organını oluşturur. Yargı teşkilatının yüksek mahkemeleri; Anayasa Mahkemesi (*Tribunal Constitucional*), Yüksek Adalet Mahkemesi (*Supremo Tribunal de Justiça*), Yüksek İdare Mahkemesi (*Supremo Tribunal Administrativo*), Hesaplar Divanı/Sayıştay (*Tribunal de Contas*) olmak üzere beş tanedir. Türkiye'den farklı olarak Portekiz Sayıştay, *yüksek mahkeme* statüsünde olup ne yasama ne de yürütme organına bağlıdır. Cumhuriyet Meclisine yıllık rapor sunmakla beraber, oluşumunda ve denetim görevlerinin belirlenmesinde yasama organından tamamen bağımsız hareket eder. Doktrinde bu modelin hukuki belirliliği, kanunilik ilkesini ve hesap verilebilirliği daha çok desteklediği savunulmaktadır<sup>28</sup>. Anayasa bunlara ilaveten; denizcilik mahkemelerinin (*tribunais marítimos*), tahkim heyetlerinin<sup>29</sup> (*tribunais arbitrais*), sulh

<sup>24</sup> Ongaro, *Public Management Reform and Modernization: Trajectories of Administrative Change in Italy, France, Greece, Portugal and Spain*, s. 209.

<sup>25</sup> OECD, *Making Life Easy for Citizens and Businesses in Portugal: Administrative Simplification and e-Governance*, 2008, <https://www.oecd.org/mena/governance/42600869.pdf>, s. 49-50, (erişim: 26.06.2023).

<sup>26</sup> António F. Tavares, "Bureaucracy and Public Administration", *The Oxford Handbook of Portuguese Politics*, ed., Jorge M. Fernandes, Pedro C. Magalhães ve António Costa Pinto, Oxford: Oxford University Press, 2023, s. 208.

<sup>27</sup> Opello, *Portugal's Political Development*, s. 190-192.

<sup>28</sup> Alex Brenninkmeijer, Laura Frederika Lalikova ve Dylan Siry, "Public Audit Accountability", *The Oxford Handbook of Comparative Administrative Law*, ed., Peter Cane, Herwig C. H. Hofmann, Eric C. Ip ve Peter L. Lindseth, Oxford: Oxford University Press, 2021, s. 996.

<sup>29</sup> Orijinal metinde *tribunal* kelimesi geçmesine rağmen, çeviride *mahkeme* değil *heyet* (yahut *kurul*, *komisyon*, *divan* vb.) gibi bir kelime kullanmak gerekir. Zira tahkim heyetleri, devletin resmi yargı örgütü dışında, üyeleri (hakemleri) taraflarca seçilerek oluşturulan, bununla birlikte ilam niteliğinde karar verebilen yapılardır. Tahkim heyetlerinin kararlarına karşı kural olarak (uyuşmazlığın konusuna göre adli veya idari) mahkemelerde kanun yollarına başvurulabilmektedir. İhtiyari tahkim esas olmakla birlikte, kanunlar bazı ihtilaflar bakımından evvela tahkim heyetlerine gidilmesini zorunlu tutabilmektedir. Ceza hukuku gibi bazı alanlarda ise yargılama, devletin



hâkimliklerinin (*juílgados de paz*), mevcut mahkemelerce teşkil edilecek uyuşmazlık mahkemelerinin (*tribunais de conflitos*) ve savaş dönemine özgü olmak üzere askeri mahkemelerin (*tribunais militares*) kurulmasına cevaz vermektedir (m. 202, 209 ve 213).

Türkiye’de adli yargı ve idari yargı arasındaki görev ve hüküm uyuşmazlıklarını çözen Uyuşmazlık Mahkemesi, müstakil bir yüksek mahkeme olarak Anayasa’da öngörülmüştür. Portekiz’de ise söz konusu uyuşmazlıklar, Anayasa’nın verdiği cevaza istinaden kurulan ve üyelerinin bir kısmı Yüksek Adalet Mahkemesinden, bir kısmı ise Yüksek İdare Mahkemesinden gelen Uyuşmazlık Mahkemesi (*Tribunal dos Conflitos*) tarafından giderilmektedir. Başka bir deyişle Portekiz’de uyuşmazlık yargısı mevcuttur ancak yüksek mahkeme düzeyinde örgütlenmemiş ve bizzat Anayasa tarafından kurulmamıştır.

Portekiz’de anayasa yargısı, kendine özgü bir gelişim süreci izlemiştir. Geçen yüzyılın başlarında, ülkenin eski kolonisi olan Brezilya’daki gelişmelerin de etkisiyle Amerikan modeli (genel mahkeme sistemi) benimsenmiştir. Nihayet 1982 yılında, Avrupa modeli bir Anayasa Mahkemesi kurularak mevcut sisteme entegre edilmiştir. Böylece ortaya hem Amerikan modelinin hem de Avrupa modelinin birçok unsurunu ihtiva eden *karma* sistem (Portekizli hukukçuların ifadesiyle *hibrit* veya *bileşik* sistem) çıkmıştır<sup>30</sup>.

Anayasa’ya göre mahkemelerin, gördükleri davalarda Anayasa’ya veya anayasal ilkelere aykırı normları uygulaması yasaktır (m. 204). Dolayısıyla her bir mahkeme, Anayasa’ya uygun bulmadığı kanun hükümlerini ihmal ederek karar verme yetkisiyle donatılmış durumdadır<sup>31</sup>. Anayasa Mahkemesi, genel mahkemelerin bir kanun hükmünü Anayasa’ya aykırılık sebebiyle ihmal ettikleri veya tarafların Anayasa’ya aykırılık iddiasına rağmen uyguladıkları davalar bakımından özel bir başvuru mercii olarak konumlandırılmıştır (m. 280). Önüne bu yolla gelindiğinde Anayasa Mahkemesi, sadece somut olay bakımından ilgili kanun hükmünün ihmal edilip edilemeyeceği hususunda *inter partes* etkili bir karar verir. Şayet Anayasa Mahkemesi aynı kanun hükmünün ihmal edilmesi gerektiği sonucuna farklı birkaç somut dava vesilesiyle ulaşırsa, bu kez Umumi Cumhuriyet Savcısının (*Procurador-Geral da República*) talebi üzerine soyut norm denetimi başlatarak *erga omnes* etkili bir iptal kararı verebilecektir<sup>32</sup>.

Anayasa Mahkemesi, Avrupa modelinin bir yansıması olarak, soyut norm denetimi yetkisine de sahiptir. Bu denetim, Anayasa’da sayılan mercilerin başvurusu üzerine hem *a priori*

---

mahkemelerinin tekelinde bırakılmıştır. “O que são os tribunais arbitrais e como funcionam?”, son güncelleme 10.07.2023, <https://ffms.pt/pt-pt/direitos-e-deveres/o-que-sao-os-tribunais-arbitrais-e-como-funcionam>.

<sup>30</sup> Bu sistem; Brezilya, Kolombiya, Dominik Cumhuriyeti, Ekvador, Guatemala, Meksika, Nikaragua, Peru, Venezuela gibi Latin Amerika ülkelerinde ve -Doğu Avrupa’da müstesna bir örnek olarak- Estonya’da da benimsenmektedir. Allan R. Brewer-Carías, *Constitutional Courts as Positive Legislators*, New York: Cambridge University Press, 2017, s. 8; Francesco Biagi, *European Constitutional Courts and Transitions to Democracy*, Cambridge: Cambridge University Press, 2020, s. 24-25.

<sup>31</sup> Virgílio Afonso da Silva, “Beyond Europe and the United States: The Wide World of Judicial Review”, *Comparative Judicial Review*, ed., Erin F. Delaney ve Rosalind Dixon, Northampton: Edward Elgar Publishing, 2018, s. 318-319; Víctor Ferreres Comella, “The Rise of Specialized Constitutional Courts”, *Comparative Constitutional Law*, ed., Tom Ginsburg ve Rosalind Dixon, Northampton: Edward Elgar Publishing, 2011, s. 273; Joaquim de Sousa Riberio ve Esperança Mealha, “Portugal”, *Constitutional Courts as Positive Legislators*, New York: Cambridge University Press, 2017, s. 721.

<sup>32</sup> De Sousa ve Mealha, “Portugal”, s. 728.

hem de *a posteriori* biçimde (kanunun ısdar edilmesinden önce ve sonra) gerçekleştirilir (m. 278 ve m. 280). Soyut norm denetimi bağlamında dikkat çeken bir husus, negatif anayasaya aykırılık denetiminin de yapıyor olmasıdır (m. 283). Anayasa Mahkemesi, yine Anayasa'da sayılan mercilerin başvurusu üzerine, herhangi bir konuda gereken kanuni düzenlemenin yapılmamış olmasının ihmal suretiyle anayasaya aykırılık (*inconstitucionalidade por omissão*) teşkil ettiğine hükmedebilir. Hukuk düzeni üzerinde doğrudan etkisi bulunmayan bu karar, yasama organına bildirilir. İhmal suretiyle anayasaya aykırılık kavramı uygulamada çok dar yorumlandığı (yalnızca Anayasa'da kanunla düzenleneceği açıkça belirtilen hususlarla sınırlandırıldığı) için, Anayasa Mahkemesinin bu yönde verdiği karar sayısı da son derece azdır<sup>33</sup>. Bununla birlikte yasama organının, söz konusu kararlardan sonra gereken kanuni düzenlemeyi yaptığı görülmektedir<sup>34</sup>. Başta Almanya ve Türkiye olmak üzere bazı Avrupa ülkelerinde benimsenen anayasa şikâyeti (bireysel başvuru) yolu ise, Portekiz'de mevcut değildir<sup>35</sup>.

Anayasa, adalet yönetimi (*administrar a justiça*) görevini doğrudan doğruya mahkemelere tevdi etmiştir (m. 202). Hâkimlerin atanması, nakli, görevlendirilmesi, terfii ve idari denetimi gibi hususlarda, ekseriyeti hâkimlerden oluşan ve ilgili yargı düzenlerindeki yüksek mahkeme başkanlarının riyasetinde faaliyet gösteren yüksek kurullar yetkilendirilmiştir (m. 217). Söz konusu yüksek kurul üyelerinin bir kısmının atanmasında Cumhurbaşkanı ve Cumhuriyet Meclisi de söz sahibidir (m. 218). Benzer şekilde, kamu adına savcılık görevi yürüten personel de idari yönden Umumi Cumhuriyet Savcılığına (*Procuradoria-Geral da República*) ve onun bünyesinde oluşturulan Kamu Savcılığı Yüksek Kuruluna (*Conselho Superior do Ministério Público*) bağlanmıştır (m. 219-220). Bütün hâkimler ve savcılar, coğrafi teminat dâhil olmak üzere, güvence altına alınmıştır (m. 216 ve 219).

Vazifesi Cumhuriyet Meclisi ve Hükümet tarafından belirlenen adalet politikasını gözetmek ve Hükümetin yargı kuruluşlarıyla ilişkisini sağlamaktan ibaret olan Adalet Bakanlığının (*Ministério da Justiça*), yukarıda değinilen yüksek kurulların teşekkülüne veya bu kurulların aldığı kararlara ilişkin herhangi bir müdahale imkânı bulunmamaktadır. Başka birçok ülkeden farklı olarak Adalet Bakanlığının savcılar üzerinde de hiçbir hiyerarşik yetkisi yoktur<sup>36</sup>. Anayasa'da adalet yönetiminin, yukarıda adı geçen ve yürütmeden bağımsız yüksek kurullara bırakılması, diktatörlük sonrası dönemde demokratik hukuk devletinin korunması kaygısının başka bir tezahürü olarak görülebilir<sup>37</sup>. Zira diktatörlük yıllarında adalet yönetimi, üyeleri Adalet Bakanı tarafından atanan ve yine Adalet Bakanının başkanlığında toplanan tek bir kurulun uhdesinde kalmıştır<sup>38</sup>.

<sup>33</sup> Mark Tushnet, *Weak Courts, Strong Rights: Judicial Review and Social Welfare Rights in Comparative Constitutional Law*, Princeton: Princeton University Press, 2008, s. 155-156.

<sup>34</sup> De Sousa ve Mealha, "Portugal", s. 732.

<sup>35</sup> De Sousa ve Mealha, "Portugal", s. 722.

<sup>36</sup> "Justice", son güncelleme 07.07.2023, <https://www.portugal.gov.pt/en/gc21/ministries/justice/about>.

<sup>37</sup> David Kosař, *Perils of Judicial Self-Government in Transitional Societies: Holding the Least Accountable Branch to Account*, Cambridge: Cambridge University Press, 2016, s. 122.

<sup>38</sup> Nuno Garoupa ve Lydia Tiede, "Judicial Politics in Portugal", *The Oxford Handbook of Portuguese Politics*, ed., Jorge M. Fernandes, Pedro C. Magalhães ve António Costa Pinto, Oxford: Oxford University Press, 2023, s. 168.

Cumhuriyet Meclisince atanan Ombudsman (*Provedor de Justiça*), Anayasa tarafından vatandaşlarla idare arasındaki uyuşmazlıkların çözümünde yargı-dışı ve bağımsız bir alternatif olarak öngörülmüştür. Vatandaşlar, kamu makamlarının icraî veya ihmali tasarruflarıyla ilgili olarak Ombudsmana şikâyet başvurusu yapabilir. Ombudsman, bağlayıcı karar alma yetkisi olmaksızın, bu şikâyetleri değerlendirerek yetkili kurumlara haksızlıkların giderilmesi veya önlenmesi için gerekli tavsiyelerde bulunur (m. 23). Portekiz’de Ombudsman müessesesinin ortaya çıkışı da Karanfil Devrimi’yle ilgilidir. Bu yolla post-otoriter dönemde devlet kudretinin kötüye kullanılmasını önlemek, temel hak ve hürriyetleri korumak ve hukuk devletini pekiştirmek amaçlanmıştır<sup>39</sup>. Devlet Şurasının üyesi olan Ombudsman, faaliyetleri temel hak ve hürriyetlerin korunmasını ilgilendirdiği takdirde, özel hukuk kişileri hakkında inceleme yapma ve kanunlar aleyhine soyut norm denetimine (Anayasa Mahkemesine) başvurma yetkileriyle donatılmıştır<sup>40</sup>.

Portekiz hukuku, Roma hukuk geleneğinin devamı olan Kıta Avrupası hukuk sistemi içerisinde değerlendirilmektedir. Ülkede 19. yüzyıl boyunca Fransız hukuku model alınmış, 20. yüzyılın başlarından itibaren ise Alman hukuku etkisini artırmıştır. Yürürlükteki 1976 Anayasası’na Alman *Rechtsstaat* anlayışının hâkim olması, söz konusu artan etkinin bir göstergesidir<sup>41</sup>. İdarenin örgütlenmesi ve yargısal denetimi alanında Fransız tesiri devam etmekle birlikte, Alman etkisinin öne çıktığını söylemek gerekir<sup>42</sup>. Bu kapsamda idari sözleşme ve idarenin sorumluluğu gibi bazı maddi idare hukuku kavramlarının anlaşılma tarzı Fransız modelini, idari yargının örgütlenme biçimi ve yargıca tanınan yetkiler ise daha çok Alman modelini anımsatmaktadır.

Portekiz hukuku, sömürgecilik geçmişi sebebiyle yakın ilişki içerisinde olduğu Angola, Brezilya, Hindistan, Mozambik ve Doğu Timor gibi ülkelerin hukuk sistemlerini etkilemektedir. Örneğin 2003 yılında, o esnada yeni kurulmuş bulunan Doğu Timor Yüksek Mahkemesi, ulusal sistemlerinin Portekiz hukuk mirasına dayandığına ve Endonezya hukukunun emsal alınmayacağına hükmetmiştir<sup>43</sup>. Başka bir örnek ise şöyle verilebilir: 1982 yılında Portekiz Anayasa Mahkemesi, ihmal yoluyla ortaya çıkan anayasaya aykırılıkları denetleme yetkisiyle

<sup>39</sup> Ian Harden, “Ombudsmen and Complaint-Handling”, *The Oxford Handbook of Comparative Administrative Law*, ed., Peter Cane, Herwig C. H. Hofmann, Eric C. Ip ve Peter L. Lindseth, Oxford: Oxford University Press, 2021, s. 967. Aynı dönemde başka birçok Avrupa ülkesinde de Ombudsman müessesesi kurulmuştur. Portekiz’i de içeren karşılaştırmalı liste için bkz. H. B. Jacobini, *An Introduction to Comparative Administrative Law*, New York: Oceana Publications, 1991, s. 207.

<sup>40</sup> Henk Addink, “The Ombudsman as The Fourth Power: On the Foundations of Ombudsman Law From a Comparative Perspective”, *Judicial Lawmaking and Administrative Law*, ed., Frits Stroink ve Eveline van der Linden, Anvers: Intersentia, 2005, s. 282.

<sup>41</sup> Giulio Napolitano, “The Rule of Law”, *The Oxford Handbook of Comparative Administrative Law*, ed., Peter Cane, Herwig C. H. Hofmann, Eric C. Ip ve Peter L. Lindseth, Oxford: Oxford University Press, 2021, s. 522.

<sup>42</sup> Cohen-Eliya ve Porat, “The Administrative Origins of Constitutional Rights and Global Constitutionalism”, s. 113; Miguel Assis Raimundo vd., “Administrative Silence in Portugal”, *The Sound of Silence in European Administrative Law*, ed., Dacian C. Dragos, Polonca Kovac ve Hanna D. Tolsma, Cham: Palgrave Macmillan, 2020, s. 279-280.

<sup>43</sup> Ran Hirschl, “Judicial Review and the Politics of Comparative Citations: Theory, Evidence and Methodological Challenges”, *Comparative Judicial Review*, ed., Erin F. Delaney ve Rosalind Dixon, Northampton: Edward Elgar Publishing, 2018, s. 416. Ülkenin hükümet sistemi de 1976 Portekiz Anayasası’na benzer biçimde düzenlenmiştir. Feijó, *Presidents in Semi-Presidential Regimes: Moderating Power in Portugal and Timor-Leste*, s. 25.

donatılmıştır. Bu durum Brezilya hukukunu da etkilemiş ve kısa bir zaman sonra (1988 yılında) yapılan bir anayasa değişikliği ile benzer bir yetki, Brezilya Federal Yüksek Mahkemesine de tanınmıştır<sup>44</sup>.

## II. GENEL İDARİ USUL

Portekiz’de idari usul, detaylı olarak kodifiye edilmiş durumdadır. Bu başlık altında öncelikle idari usulün tedvin edilmesine zemin oluşturan Anayasa hükmü aktarılacak, akabinde mevcut İdari Usul Kanunu’na (*Código do Procedimento Administrativo*) ilişkin genel bilgiler verilecektir. Sunulacak bilgilerin seçiminde Kanun’un sistematüğinden ziyade Türk idare hukuku açısından yenilik veya farklılık arz eden hususlar dikkate alınmıştır.

### A. İDARİ USUL KANUNU’NUN ARKA PLÂNI

Anayasa’nın m. 267/5 hükmü; idari faaliyetlerin, kaynakların akılcı kullanımını ve halkın kendilerini ilgilendiren işlemlerin tesis edilmesi sürecine katılımını temin edecek şekilde, özel bir kanunla düzenleneceğini öngörmektedir. Önceki başlıkta kısaca değinilen 268. madde ise, genel idari usulün çerçevesini çizmektedir<sup>45</sup>. Kamu idaresi karşısında vatandaşlara birtakım haklar ve güvenceler getiren madde, şu şekildedir<sup>46</sup>:

Madde 268

İdare Edilenlere<sup>47</sup> Tanınan Haklar ve Güvenceler

1. Vatandaşlar, talepte buldukları her zaman, kendilerini doğrudan ilgilendiren muamelelerin gidişatı konusunda idare tarafından bilgilendirilme ve kendileriyle ilgili alınan kesin kararlardan [nihai işlem]den<sup>48</sup> haberdar edilme hakkına sahiptir<sup>49</sup>.
2. Vatandaşlar; iç ve dış güvenlik konularına, ceza soruşturmasına ve kişisel mahremiyete [özel hayatın gizliliğine] ilişkin kanun hükümleri saklı kalmak kaydıyla, idari kayıtlara [arşivlere] ve belgelere erişim hakkına da sahiptir<sup>50</sup>.
3. İdari işlemler, kanunun öngördüğü şekilde ilgili taraflara bildirilmek ve hukuken korunan hak ve menfaatleri etkiledikleri takdirde açık ve erişilebilir gerekçelere dayandırılmak zorundadır.

<sup>44</sup> Brewer-Carías, *Constitutional Courts as Positive Legislators*, s. 129.

<sup>45</sup> Anayasa’da idari usule ilişkin çok sayıda ilkenin ve düzenlemenin bulunması, *idare hukukunun anayasallaşması* (*constitutionalization of administrative law*) olgusuna örnek gösterilmektedir. Débora Reis Leal de Lima, Willian Batista de Oliveira ve Sónia P. Nogueira, “Principles of the Administrative Procedure Code and their Contributions to Accountability: the Portuguese Case”, *Journal of Accounting, Management and Governance*, 24/3 (2021), s. 448.

<sup>46</sup> Türkçe tercüme yazara aittir. Anayasa’nın siyasete katılım hakkını düzenleyen m. 48/2 hükmünde de her vatandaşın devlet ve diğer kamu tüzel kişilerinin işlemlerine dair objektif açıklamalar alma ve kamusal işlerin yönetimiyle ilgili bilgi edinme hakkı olduğu ifade edilmektedir.

<sup>47</sup> Anayasa’nın İngilizce çevirisindeki *vatandaşlar* (*citizens*) sözcüğü yerine, orijinal metinde kullanılan *idare edilenler* (*administrados*) ifadesi yeğlenmiştir.

<sup>48</sup> Köşeli parantez içindeki ifadeler, metnin Türk idare hukuku bakımından tam olarak neyi ifade ettiğini açıklamak üzere, yazar tarafından eklenmiştir.

<sup>49</sup> Anayasa’ya 1982 yılında giren bu hükmün sağladığı hak, doktrinde *araçsal şeffaflık* (*instrumental transparency*) şeklinde adlandırılmaktadır. Tiago Fidalgo de Freitas, “Administrative Transparency in Portugal”, *European Public Law*, 22/4 (2016), s. 667-668.

<sup>50</sup> Anayasa’ya 1989 yılında giren bu hükmün sağladığı hak, doktrinde *araçsal olmayan şeffaflık* (*non-instrumental transparency*) şeklinde adlandırılmaktadır. De Freitas, “Administrative Transparency in Portugal”, s. 667-668.

4. Vatandaşlar, hukuken korunan hak ve menfaatleri bakımından, etkili yargısal korunma teminatı altındadır. Bu teminat özellikle; söz konusu hak ve menfaatlerin tanınmasını [tespit davası gibi], bu hak ve menfaatlere halel getiren her türlü idari işlemin bertaraf edilmesini [iptal davası gibi], hangi şekilde olursa olsun hukuken gerekli idari işlemlerin yapılmasını zorunlu tutan olumlu kararların verilmesini [yargısal emir]<sup>51</sup> ve yeterli geçici tedbirlerin alınmasını [yürütmenin durdurulması, acil dava gibi yolları] içerir<sup>52</sup>.

5. Vatandaşlar ayrıca, dışsal etkili [iç-düzen işlemi niteliğinde olmayan] ve hukuken korunan hak ve menfaatlerine halel getiren düzenleyici idari işlemlere karşı itiraz etme ve dava açma hakkına sahiptir.

6. Kanun, birinci ve ikinci fıkralar doğrultusunda [idari işlemler hakkında bilgilendirilme ile idari kayıtlara ve belgelere erişim konusunda] idare tarafından verilecek cevaplar için azami süre sınırı getirecektir<sup>53</sup>.

Anayasa'nın yürürlüğe girmesinden sonraki on beş yıl zarfında olgunlaştırılan idari reform projesi<sup>54</sup>, 1991 yılında İdari Usul Kanunu'nun (*Código<sup>55</sup> do Procedimento Administrativo*)<sup>56</sup> çıkarılmasıyla en önemli meyvesini vermiştir (baştan sona gözden geçirilerek iki kez yenilenmiş olan Kanun'un şu an yürürlükte bulunan hali, 2015 versiyonudur).

## B. KANUN'UN KAPSAMI

İdari Usul Kanunu'nun "Tanımlar" başlıklı 1. maddesine göre "idari usul tabirinden; kamu idaresi organlarının iradesinin oluşumuna, görünümüne [beyan edilme biçimine] ve uygulanmasına [icrasına] ilişkin işlem ve formalitelerin düzen içinde sıralanması anlaşılır". Tanımdan da fark edileceği üzere, Portekiz idare hukukunda idari usul (*procedimento administrativo*) terimi, oldukça geniş bir anlama sahiptir<sup>57</sup>. Toplam 202 maddeden oluşan Kanun'un detaylı olarak düzenlediği başlıca konular, şöyle sıralanabilir<sup>58</sup>: idarelerin iç işleyişi, idari mercilerin müzakere ve karar alma yöntemleri, idarelerin takip edeceği muhtelif usuller, idari işlemlerin hukuki rejimi, idari işlemlerin gözden geçirilmesi (idari itirazlar) ve sona erdirilmesi prosedürü.

<sup>51</sup> Bu fıkra da getirilen yargısal emir (*injunction*) imkânının, aynı zamanda idarenin hareketsizliği ve sükûtu hallerine karşı öngörülmesi bir teminat olduğu hakkında bkz. Raimundo vd., "Administrative Silence in Portugal", s. 282.

<sup>52</sup> Bu fıkra, müteakip başlıkta ele alınacak idari yargılama usulünü biçimlendirmesi bakımından önemlidir.

<sup>53</sup> Yargısal içtihatlar ve doktrindeki baskın görüş; bu hükmünde öngörülen azami süre sınırının, yalnızca ilk iki fıkradaki bilgi-belge edinme talepleriyle sınırlı bir şekilde anlaşılması ve idareye yönelik bütün taleplere teşmil edilmesi gerektiği yönündedir. Yüksek İdare Mahkemesinin 02.03.2004 tarih ve 1531/03 numaralı kararı; Lizbon Bölge İdare Mahkemesinin 11.04.2013 tarih ve 7084/11 numaralı kararı. Kararları ve doktrindeki görüşü aktaran: Raimundo vd., "Administrative Silence in Portugal", s. 281.

<sup>54</sup> Figueiredo Dias, "Portugal", s. 347. Bu dönemde (1985 itibarıyla) Portekiz idaresinin reforma ilişkin düşünceleri için bkz. Neşe Kızıl Erkelli, "Portekiz'de İdari Reform Projesine İlişkin Bazı Notlar", *İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi*, 6/1-3 (1985), s. 181-188.

<sup>55</sup> Portekiz hukukunda *Código*, Fransız hukukundaki *Code*'lar gibi, belli bir hukuk alanının temel prensiplerini vaz' eden yazılı kurallar bütünü (mecmuunu) ifade eder ve yürütmenin düzenleyici işlemlerini de ihtiva edebilir. Nitekim burada bahsedilen *Código* da, bir kanun hükmünde kararnamenin (*decreto-lei*) eki olarak yürürlüğe konulmuştur. Aslında *kanun* kelimesinin, teknik anlamda *código*'nun değil, *lei*'nin karşılığı olduğunu belirtmek gerekir.

<sup>56</sup> *Decreto-Lei n.º 4/2015, Código do Procedimento Administrativo*, <https://diariodarepublica.pt/dr/legislacao-consolidada/decreto-lei/2015-105602322>, (erişim: 25.06.2023).

<sup>57</sup> Figueiredo Dias, "Portugal", s. 345.

<sup>58</sup> Giulio Napolitano, "Looking for a Smarter Government (and Administrative Law) in the Age of Uncertainty", *Comparative Administrative Law*, ed., Susan Rose-Ackerman, Peter L. Lindseth ve Blake Emerson, Northampton: Edward Elgar Publishing, 2017, s. 364.

Kanun'un 1991 tarihli ilk halinde, idari sözleşmelere hasredilmiş uzunca bir bölüm bulunmaktadır. Bu bölüm, 2008 yılında, Kamu Sözleşmeleri Kanunu'nun (*Código dos Contratos Públicos*)<sup>59</sup> yürürlüğe girmesi üzerine Kanun'dan çıkarılmıştır<sup>60</sup>. Fakat Kamu Sözleşmeleri Kanunu'nun idarenin taraf olduğu bütün sözleşme tiplerini kapsamaması ve temel bazı hususların düzenlenmesi ihtiyacına binaen, Kanun'un 2015 versiyonuna "Kamu İdaresinin Sözleşmeleri (*Dos contratos da Administração Pública*)" başlıklı -ve öncekine nazaran daha kısa- bir bölüm eklenmiştir.

Kamu Sözleşmeleri Kanunu'na benzer şekilde, idari faaliyetin muhtelif yönlerini düzenleyen başka özel kanunlar da mevcuttur. Örneğin Devletin ve Diğer Kamu Tüzel Kişilerinin Sözleşme Dışı Sorumluluğuna Dair Kanun<sup>61</sup>, idarenin sorumluluğu konusunu ilgilendirmektedir. Hatta konuya dair temel kavramlardan biri olan ve Türk-Fransız idare hukukunda tamamen içtihadi nitelik arz eden hizmet kusuru, bu Kanun'un 7. maddesinde somutlaştırılmaktadır<sup>62</sup>. Madde uyarınca; şartlara ve neticeyi engellemek için elde bulundurulması gereken vasıtaların ortalama standardına göre, idareden bir zararı önlemesinin beklenebildiği hallerde, hizmetin anormal işlemesi (*funcionamento anormal do serviço*) söz konusu olacak ve bu durum, idarenin sorumluluğuna yol açacaktır. İdari Usul Kanunu'nun ayırıcı vasfı, söz konusu bütün kanunlara nispetle tamamlayıcı (*subsidiária*) konumda bulunmasıdır<sup>63</sup>. İdari Usul Kanunu'nun genel niteliği, m. 2/5'te şöyle ifade edilmektedir: "Bu Kanun'un hükümleri ve bilhassa bireyler için bu Kanun'da tanınan güvenceler, özel idari usulleri<sup>64</sup> ikame edici bir şekilde uygulanır".

Eşitlik, tarafsızlık ve kanunilik gibi geleneksel sayılabilecek idare hukuku ilkelerini etkinlik, verimlilik, masraftan ve zamandan tasarruf gibi işletmecilik ilkeleriyle mezceden Kanun, kamu yönetiminde dijitalleşmeyi teşvik eden hükümler de içermektedir<sup>65</sup>. Kanun yürürlüğe konulurken yürütme organına, idari usul ilkelerine uyum konusunda yol gösterecek düzenleyici işlemler (iyi idari uygulamalar rehberi - *guia de boas práticas administrativas*) yapma görevi de verilmiştir<sup>66</sup>. Kanun'un 2015 versiyonunun gerekçesinde Almanya, İtalya ve İspanya örneklerinden yararlandığı ve Fransız idare hukukundaki bazı içtihadi prensiplerin yazılı hale getirildiği de ayrıca belirtilmektedir.

<sup>59</sup> *Decreto-Lei n.º 18/2008, Código dos Contratos Públicos*, <https://diariodarepublica.pt/dr/legislacao-consolidada/decreto-lei/2008-34455475>, (erişim: 07.07.2023).

<sup>60</sup> Figueiredo Dias, "Portugal", s. 350.

<sup>61</sup> *Lei n.º 67/2007 de 31 de Dezembro Aprova o Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e Demais Entidades Públicas*, <https://diariodarepublica.pt/dr/legislacao-consolidada/lei/2007-34556775-51247775>, (erişim: 24.06.2023).

<sup>62</sup> Raimundo vd., "Administrative Silence in Portugal", s. 301.

<sup>63</sup> Figueiredo Dias, "Portugal", s. 352.

<sup>64</sup> Burada *özel idari usuller (procedimentos administrativos especiais)* ifadesiyle, Kamulaştırma Kanunu gibi belli bir faaliyet alanındaki spesifik işlemleri düzenleyen özel kanun hükümleri kastedilmektedir.

<sup>65</sup> Napolitano, "Looking for a Smarter Government (and Administrative Law) in the Age of Uncertainty", s. 364.

<sup>66</sup> İdari Usul Kanunu'nu ekinde bulunduran ve yürürlüğe sokan Kanun Hükümünde Kararname (*Decreto-Lei*), m. 5.



### C. KANUN'UN İÇERİĞİNDEN ÖRNEKLER

İçtihatî prensiplerin yazılı hale getirilmesi konusunda dikkat çekici bir örnek, Kanun'un 2015 versiyonunda kendisine yer bulan cebri icra (*exécution forcée - execução coerciva*) meselesidir. Kanun'un 176. maddesine göre idarenin, tesis ettiği bir idari işlemde doğan yükümlülükleri ve sınırlamaları cebren icra edebilmesi, ancak iki durumda mümkündür: Birinci ihtimal, cebren icranın, şekli ve bütün koşullarıyla kanunda açıkça düzenlenmiş olmasıdır. İdare bu ihtimalde işlemi, kanunun öngördüğü şartlar dâhilinde cebren icra edebilecektir. İkinci ihtimal ise, acil kamusal zaruretin (*urgente necessidade pública*) mevcudiyetidir. Bu durumda idare, tam ve yeterli bir gerekçelendirme yapmak kaydıyla, cebren icra yoluna gidebilecektir. Kanun'da geçen *acil kamusal zaruret* kavramı, idareye geniş bir takdir yetkisi tanıdığı ve idare açısından bir nevi kaçış rampası işlevi gördüğü için doktrinde eleştirilmektedir<sup>67</sup>.

Yargısal içtihatlar ve doktrindeki görüşler doğrultusunda yapılan başka bir düzenleme, idari işlemin hükümsüzlüğü (*invalidade*) konusuna ve hükümsüzlüğün neticelerine ilişkindir. Kanun, yokluk (mutlak hükümsüzlük - *nulidade*) ile iptal edilebilirlik (nispi hükümsüzlük - *anulabilidade*) arasında bir ayırım yapmakta ve iki duruma farklı sonuçlar bağlamaktadır (m. 161-164). Kanun'un ilk halinden beri mevcut olan bu ayırım, 2015 versiyonunda, zaman içinde istikrar kazanan yargısal içtihatlar ışığında tekrar ele alınmış ve yokluk yaptırımının hangi durumlarda uygulanacağı daha açık ifadelerle, tahdidi olarak sayılmıştır. Yoklukla malul bir işleme (kısıtlı da olsa) hukuki etki tanınması gereken haller de, yine yerleşik içtihatlar istikametinde kodifiye edilmiştir.

Kanun'un 2015 versiyonuna *iyi idare* ilkesinin bir yansıması olarak giren<sup>68</sup> 56. madde, idari usulde takdir yetkisinin nasıl kullanılacağını düzenlenmektedir. Madde uyarınca herhangi bir idari prosedürü yürüten kamu görevlisi, Kanun'da emredici bir hükmün bulunmadığı hallerde takdir yetkisine sahip olacak ve bu yetkisini idari faaliyetin genel ilkelerine ve kamu yararına uygun kullanacaktır. Madde kamu yararının hangi esasları içerdiğini de somutlaştırmaktadır. Bu esaslar; katılım (*participação*), etkinlik (*eficiência*), az masraflılık (*economicidade*) ve hızlıklardır (*celeridade*). Böylece idarenin işlem iradesinin oluşum sürecinde kamu görevlilerinin şahsi kamu yararı anlayışlarının olabildiğince az rol oynaması sağlanmaya çalışılmıştır.

Türk idare hukukunda idari işlemin şekil-usul unsuru kamu düzeninden sayılmakta ve özel hukuktaki şekil serbestisi ilkesinin idari işlemler bakımından geçerli olmadığı kabul edilmektedir<sup>69</sup>. İdari Usul Kanunu'nun "Usul-içi Anlaşmalar (*Acordos endoprocedimentais*)" başlıklı 57. maddesi, 2015 yılına kadar Portekiz idare hukukunda da mevcut olan bu kabulü kısmen değiştiren önemli bir yeniliktir. Düzenleme, emredici hükümlerin yokluğunda (takdir yetkisi alanında kalan hususlarda), nihai kararı vermeye yetkili idari makam ile işlemin

<sup>67</sup> Bárbara Bravo, Isabela de Melo ve Carlos Branco, "Administrative Democratization: the Participation of Citizens in the Portuguese Administrative System", *Practical Aspects Regarding the Role of Administrative Law in the Modernization of Public Administration*, ed. M. Elvira Méndez-Pinedo, Jakub Handrlıca ve Cátalin-Silvia Săraru, Bükreş: ADJURIS, 2019, s. 157-158.

<sup>68</sup> Bravo, De Melo ve Branco, "Administrative Democratization: the Participation of Citizens in the Portuguese Administrative System", s. 162.

<sup>69</sup> Bahtiyar Akyılmaz, Murat Sezginer ve Cemil Kaya, *Türk İdare Hukuku*, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2023, s. 426.



muhatapı olan tarafların izlenecek usulün koşullarını belirleyen yazılı ve bağlayıcı anlaşmalar yapmalarına imkân tanımaktadır. Taraflar arasındaki eşitsizliği azaltma ve nihai işlem sonrasında idari yargıya aksedecek uyuşmazlıkları önleme potansiyeli sebebiyle doktrin, bu yeniliği müspet bir gelişme olarak görmektedir<sup>70</sup>.

Bazı durumlarda usuli aşamaların bertaraf edilmesine imkân veren *ön-bildirim* müessesesi (*comunicações prévias*), Kanun'un dikkat çekici başka bir yönüdür (m. 134). Buna göre özel bir kanun hükmünün izin vermesi kaydıyla, normal şartlar altında belli usuli aşamalar geçildikten sonra tesis edilecek bir idari işlemin doğuracağı hukuki etkiler, muhatapın o işlem için mevzuatta bulunan gerekli koşulları sağladığına dair ön-bildirimi üzerine derhal doğmuş sayılacaktır. Nihai işlemin yapılmasına kadar geçen sürede oluşacak hak kayıplarının önlenmesi amaçlayan bu müessese vasıtasıyla ilgililer, ön-bildirim içeriği üzerinde idarenin denetim ve gözetim yetkisi saklı kalmak kaydıyla, bir anlamda idarenin işini yapmış olmaktadır<sup>71</sup>.

İdarenin bütünlüğü ilkesinin bir yansıması olarak düşünülebilecek<sup>72</sup> "Yetkisiz Makama Yapılan Başvurular (*Apresentação de requerimento a órgão incompetente*)" başlıklı 41. madde, Kanun'un 2015 versiyonunda kendisine yer bulan, bahse değer bir düzenlemedir. Madde uyarınca yanlış (yetkisiz) bir idari makama başvuru yapılması halinde, başvuru idari makam, başvuruyu yetkili idari makama resen iletme ve durumu başvurucuya bildirmekle yükümlüdür. Yetkisiz idari makama başvuru tarihi ise, yetkili idari makama başvuru tarihi olarak kabul edilecektir.

Kanun'un 13. maddesi, bütün idari makamlara, kendi görev alanlarına ilişkin olarak yapılacak her türlü başvuruya cevap verme zorunluluğu yüklemiş durumdadır. Bu zorunluluğa tek istisna -idarenin iş yükünü gereğinden fazla artırmamak maksadıyla<sup>73</sup>- mükerrer başvurular bakımından getirilmiştir. Kanun'a göre son iki yıl içerisinde aynı kişi tarafından yapılmış ve aynı idare tarafından cevaplanmış bir başvurunun tekrarlanması halinde, ilgili idarenin cevap verme mecburiyeti bulunmamaktadır. Kanun'da öngörülen genel cevap verme süresi altmış gün<sup>74</sup> olup yalnızca olağanüstü koşullarda ve belli şekli şartlar dâhilinde azami doksan günlük periyotlar halinde uzatılabilmektedir (m. 128/1). Bununla birlikte bazı başvurular için daha kısa ve özel süreler de öngörülmüştür. Örneğin bilgi edinme başvurularında on günlük ve üç günlük süreler söz konusudur (m. 82/3 ve m. 84/3). İdari itirazlarda ise cevap verme süresi otuz gündür (eğer itiraz üst makama yapılmış ise bu süre altmış güne kadar uzayabilmektedir - m. 192/2 ve m. 198/2). İlgilinin başvurusu üzerine başlatılan bir idari usulün, yine başvurucudan kaynaklanan sebeplerle altı aydan fazla bir süre durması halinde ise, idarenin başka bir işlem yapmasına gerek kalmaksızın süreç sona ermiş sayılacaktır (m. 132/1).

<sup>70</sup> Bravo, De Melo ve Branco, "Administrative Democratization: the Participation of Citizens in the Portuguese Administrative System", s. 163. João Tiago Silveira vd., "The Simplification of Procedures in Portuguese Administrative Law", *Lisbon Public Law Working Paper Series*, 2022-01, s. 23-24.

<sup>71</sup> Silveira vd., "The Simplification of Procedures in Portuguese Administrative Law", s. 19.

<sup>72</sup> Silveira vd., "The Simplification of Procedures in Portuguese Administrative Law", s. 20.

<sup>73</sup> Raimundo vd., "Administrative Silence in Portugal", s. 283.

<sup>74</sup> Altı aydan uzun süreler haricinde, Kanun'daki bütün süreler iş günü olarak (tatil günleri sayılmadan) hesaplanır (m. 87/1-c).

Muhatabın talebi üzerine tesis edilen yararlandırıcı işlemlerde idarenin cevap verme yükümlülüğünü Kanun'da öngörülen süre dolduktan sonra yerine getirmesi, yalnızca gecikmeye yol açan kamu görevlisinin disiplin sorumluluğunu ilgilendiren bir mesele olup işlemin sıhhatini etkilemeyecektir<sup>75</sup>. İdare tarafından resen tesis edilen ve muhatabının aleyhine sonuç doğuran (yükümlendirici) işlemler bakımından ise Kanun, genel bir zamanaşımı süresi getirmiştir. Buna göre idarece başlatılan ve neticesinde tesis edilecek işlem itibarıyla ilgisi üzerinde olumsuz etkiler doğuran her türlü idari usul, yüz yirmi gün zarfında tamamlanmadığı takdirde zamanaşımına uğrayacaktır (m. 128/6). Kanun'a 2015 reformunda dâhil edilen<sup>76</sup> bu düzenleme, özellikle birden çok tarafı etkileyen (imar planı yahut çevre düzenlemesi gibi) alanlarda, yürütülen idari usulün kime göre dezavantajlı (yükümlendirici) sayılacağı konusunda tartışmalara yol açmaktadır<sup>77</sup>.

Kanun, yükümlendirici işlemlerin hukuki etkisini de genel bir kurala bağlamaktadır. Buna göre hangi şekilde olursa olsun; muhatabının hak ve menfaatlerini haleldar eden mükellefiyet, sınırlama yahut müeyyide niteliğindeki bütün işlemler, ancak tebliğ edildikten sonra icra edilebilirlik kazanacaktır (m. 160). Bu noktada, Kanun'un bütün idari işlemler için beş günlük genel bir azami tebligat süresi öngördüğünü de ifade etmek gerekir (m. 114/5).

İdareye getirilen cevap verme yükümlülüğü ve müteakip başlıkta ayrıca değinilecek yargısal emir müessesesi sayesinde Portekiz idare hukuku, *zımni ret* kavramına veda etmiş durumdadır. Zira ilgililer, cevap verme yükümlülüğünün yerine getirilmemesi halinde, idareyi mahkeme kararıyla zorlama imkânına sahiptir. Bununla birlikte, zımni işlemler kategorisi tamamen ortadan kalkmış değildir<sup>78</sup>. Çünkü kanunların hususen düzenlediği bazı hallerde, zımni kabul işlemi doğabilmektedir. İdari Usul Kanunu'ndaki zımni kabul hallerinin çoğu, aslında işlemin yapıldığı fakat tebliğ edil(e)mediği ihtimallere ilişkindir (m. 130). Ayrıca çevre, imar ve vergi alanlarında çıkarılan özel kanunlarda da zımni kabule ilişkin düzenlemeler mevcuttur<sup>79</sup>.

İdari Usul Kanunu, içerdiği detaylı ve iyi kaleme alınmış hükümlere rağmen, uygulamadaki bazı sorunların ortadan kalkmasını sağlayabilmiş değildir. Söz konusu sorunların başında, Kanun'da öngörülen sürelerle riayet edilmemesi ve idari prosedürlerin gereğinden fazla zaman alması gelmektedir. Yaşanan bu sorunlar üzerine Portekiz Hükümeti, 2006 yılından beri *SIMPLEX* isimli bir program yürütmeye başlamıştır<sup>80</sup>. Program, halkın idareye olan güvenini artırmak üzere, idari prosedürlerin mümkün olduğunca basitleştirilmesini ve dijitalleştirilmesini hedeflemektedir<sup>81</sup>. Hükümetin 2016 yılında, *SIMPLEX* kapsamında yaptırdığı bir kamuoyu araştırmasında vatandaşlardan, kamu hizmetlerinin işleyişiyle ilgili en çok rahatsız

<sup>75</sup> Raimundo vd., "Administrative Silence in Portugal", s. 285-286. Aşağıda ayrıca değinilecek olan İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun (*Código de Processo nos Tribunais Administrativos - CPTA*) 70. maddesi, idarenin dava açıldıktan sonra işlem yapma ihtimalini düzenlemekte ve yapılacak işlemi muteber saymaktadır.

<sup>76</sup> 2015'te yüz seksen gün olarak getirilen zamanaşımı süresinin, 2020 yılında yapılan değişiklikte yüz yirmi güne indirildiğini de belirtmek gerekir.

<sup>77</sup> Raimundo vd., "Administrative Silence in Portugal", s. 285.

<sup>78</sup> Silveira vd., "The Simplification of Procedures in Portuguese Administrative Law", s. 21-22.

<sup>79</sup> Örnekler için bkz. Raimundo vd., "Administrative Silence in Portugal", s. 294.

<sup>80</sup> "O que é o Programa SIMPLEX?", son güncelleme 26.06.2023, <https://www.simplex.gov.pt/>.

<sup>81</sup> Program hakkında daha detaylı bilgi için bkz. OECD, *Making Life Easy for Citizens and Businesses in Portugal: Administrative Simplification and e-Government*, s. 47-49.

oldukları üç problemi tespit etmeleri istenmiştir. Katılımcıların %61'i hizmetlerin çok uzun sürmesini, %59'u idarenin kararlarını ve cevaplarını geç vermesini, %43'ü ise idarenin yeterli danışmanlık ve destek sunmamasını sorun olarak teşhis etmiştir<sup>82</sup>. Bu cevaplar, Kanun 2015 yılında yenilenmiş olmasına rağmen, uygulamadaki sorunların hala tam olarak çözülemediğini ve bir ülkedeki kamu idaresinin performansının yazılı kuralların yanı sıra o ülkenin sosyo-politik yapısıyla da ilgili olduğunu göstermektedir<sup>83</sup>.

### III. İDARİ YARGI ÖRGÜTÜ

Anayasa'nın "İdare ve Vergi Mahkemeleri (*Tribunais administrativos e fiscais*)" başlıklı 212. maddesi, idari yargı örgütüne ilişkin temel esasları şöyle düzenlemektedir:

Anayasa Mahkemesinin özel görevleri saklı kalmak üzere, idare ve vergi mahkemeleri hiyerarşisi içerisinde en yüksek organ, Yüksek İdare Mahkemesidir.

Yüksek İdare Mahkemesi başkanı, Mahkeme üyelerince, kendi aralarından seçilir.

İdare mahkemeleri ve vergi mahkemeleri, idare ve vergi hukuku ilişkilerinden doğan uyuşmazlıklara ilişkin davalara ve başvurulara<sup>84</sup> bakmakla yetkilidir.

İdari yargı hâkimlerinin atanması, nakli, görevlendirilmesi, terfii ve disiplin işleri konusunda Anayasa, kanunla ihdas edilecek bir yüksek kurulun yetkili olduğunu öngörmektedir (m. 217). İdare ve Vergi Mahkemelerinin Statüsü Hakkında Kanun (*Estatuto dos Tribunais Administrativos e Fiscais*)<sup>85</sup>, söz konusu kurulu, İdare ve Vergi Mahkemeleri Yüksek Kurulu (*Conselho Superior dos Tribunais Administrativos e Fiscais*) adıyla teşkil etmiştir (m. 74). Kanun'a göre on bir üyeden oluşan İdare ve Vergi Mahkemeleri Yüksek Kurulunun başkanı, Yüksek İdare Mahkemesi Başkanıdır. Kurulun iki üyesi Cumhurbaşkanı, dört üyesi Cumhuriyet Meclisi, geri kalan dört üyesi de idari yargı hâkimleri tarafından (kendi aralarından) seçilir (m. 75).

Türkiye'de (ve Fransa'da) idari yargının görev alanının sınırları, büyük ölçüde yargısal içtihatlar tarafından belirlenmektedir. Portekiz'de ise İdare ve Vergi Mahkemelerinin Statüsü Hakkında Kanun'un 4. maddesi, idari yargının görevli olduğu konuları (tahdidi olmamakla beraber) bentler halinde saymıştır. İdarî veya malî nitelik arz eden bir uyuşmazlığın idari yargının görev alanı dışına çıkarılması için özel bir kanun hükmüyle başka bir yargı yerinin görevlendirilmesi gerekir. Örneğin Kamulaştırmalar Kanunu (*Código das Expropriações*), kamulaştırma bedeline ilişkin uyuşmazlıkları adli yargıya bırakmaktadır. İmtiyaz usulüyle yaptırılmış otoyollardaki kazalar, sigortalar ve tıbbi sorumluluk gibi bazı tartışmalı alanlarda ortaya çıkan görev uyuşmazlıkları ise, Yüksek Adalet Mahkemesi ve Yüksek İdare Mahkemesi üyelerinin

<sup>82</sup> Secretária de Estado Adjunta e da Modernização Administrativa, *Relatório da Volta SIMPLEX+*, 2016, <https://www.simplex.gov.pt/app/files/33d9ef89f2328ba7f54385c3927153b9.pdf>, s. 21, (erişim: 08.07.2023).

<sup>83</sup> Raimundo vd., "Administrative Silence in Portugal", s. 303.

<sup>84</sup> Burada başvurular (*recursos*) tabiri, tahkime tabi idari ve mali uyuşmazlıklarda verilen kararlara karşı yargı yoluna gidilmesini de içermek üzere kullanılmıştır. Ricardo Pedro, "Administrative Arbitration in Public Procurement in Portugal", *European Procurement & Public Private Partnership Law Review*, 15/3 (2020), s. 227.

<sup>85</sup> *Estatuto dos Tribunais Administrativos e Fiscais (aprovado pela Lei n.º 13/2002, de 19 de fevereiro)*, <https://www.stadministrativo.pt/tribunal/apresentacao/etaf2019/>, (erişim: 30.06.2023).

katılımıyla teşekkül eden Uyuşmazlık Mahkemesi (*Tribunal dos Conflitos*) tarafından giderilmektedir<sup>86</sup>.

İdare ve Vergi Mahkemelerinin Statüsü Hakkında Kanun'un 8. maddesine göre, idari yargı düzeni aşağıdaki mahkemelerden oluşmaktadır:

- Yüksek İdare Mahkemesi (*Supremo Tribunal Administrativo*)
- Bölge idare mahkemeleri (*tribunais centrais administrativos*)
- İdare ve vergi mahkemeleri (*tribunais administrativos e tribunais tributários*)

Başkent Lizbon'da bulunan Yüksek İdare Mahkemesi, idari yargının yüksek mahkemesi ve temyiz mercii olup, ülke çapında yetkilidir. Bölge idare mahkemeleri, temel görevi istinaf incelemesi olan ikinci derece idari yargı yerleridir. Ülkede biri Lizbon (Güney), diğeri Porto (Kuzey) olmak üzere *iki* bölge idare mahkemesi bulunmaktadır (m. 31). Üçüncü bölge idare mahkemesinin kurulmasına dair bir kanun tasarısı hazırlanmış; ancak henüz yasalaşmamıştır<sup>87</sup>. İdare ve vergi mahkemeleri ise, idari yargının ilk derece mahkemeleridir. Ülke, ilk derece yargılamaları açısından *on yedi* ayrı yargı çevresine bölünmüştür. Her bir yargı çevresinde idare ve vergi mahkemeleri kurulmuş durumdadır. İdare ve vergi mahkemelerinde tek hâkimle karar verilmesi kural, heyet halinde karar verilmesi ise istisnadır<sup>88</sup>.

İdare ve Vergi Mahkemelerinin Statüsü Hakkında Kanun'un 9 ve 9/A maddeleri hem idare mahkemelerinin hem de vergi mahkemelerinin bünyesinde ihtisaslaşmış hâkimlikler kurulabileceğini öngörmektedir. Kanun'a göre uzmanlık alanları şunlar olabilir:

- Sosyal idare hâkimlikleri (*Juízo administrativo social*)
- Kamu ihale hâkimlikleri (*Juízo de contratos públicos*)
- İmar, çevre ve arazi yönetimi hâkimlikleri (*Juízo de urbanismo, ambiente e ordenamento do território*)
- Genel idari hâkimlikler (*Juízo administrativo comum*)
- Vergi icra hâkimlikleri (*Juízo de execução fiscal e de recursos contraordenacionais*)
- Genel vergi hâkimlikleri (*Juízo tributário comum*)

Kamu ihale hukukunda uzmanlaşmış hâkimlikler, bugün için yalnızca Lizbon ve Porto idare mahkemelerinde bulunmaktadır. Sosyal güvenlik mevzuatı ve kamu istihdamı üzerinde ihtisaslaşmış sosyal idare hâkimlikleri; Lizbon, Porto, Almada, Aveiro, Braga, Leiria ve Sintra idare mahkemelerinde mevcuttur. Sayılan bu yerlerde aynı zamanda diğeri idare hukuku

<sup>86</sup> Bu bilgiler, 5 numaralı dipnotta belirtilen Çalışma Ziyareti kapsamında, Lizbon idare ve vergi mahkemeleri tarafından Türk heyetine yapılan sunumdan alınmıştır. Ayrıca bkz. Sérvulo Correia, "Judicial Resolution of Administrative Disputes", *Comparative Law: Portuguese-American Perspectives (Volume I)*, ed., Dário Moura Vicente, Almedina: Livraria Almedina, 2006, [https://www.servulo.com/xms/files/OLD/publicacoes/Jud\\_Resol\\_SC\\_05.pdf](https://www.servulo.com/xms/files/OLD/publicacoes/Jud_Resol_SC_05.pdf), (erişim: 10.07.2023), s. 10-11. (Sayfa numaralarında bağlantıdaki PDF dosyası esas alınmıştır).

<sup>87</sup> Bu bilgi, 5 numaralı dipnotta belirtilen Çalışma Ziyareti kapsamında, Lizbon Bölge İdare Mahkemesi tarafından Türk heyetine yapılan sunumdan alınmıştır.

<sup>88</sup> Bu bilgiler, 5 numaralı dipnotta belirtilen Çalışma Ziyareti kapsamında, Lizbon idare ve vergi mahkemeleri tarafından Türk heyetine yapılan sunumdan alınmıştır. Sunumda hangi durumlarda heyet halinde karar verildiğine dair detaylı bilgi yer almamaktadır. İdare ve Vergi Mahkemelerinin Statüsü Hakkında Kanun'da da konuya dair bir hükme rastlanmamıştır.

uyuşmazlıklarına odaklanan genel idari hâkimlikler, amme alacaklarının tahsilinden doğan uyuşmazlıklara bakan vergi icra hâkimlikleri ve diğer mali uyuşmazlıklara yoğunlaşan genel vergi hâkimlikleri de kurulmuştur. Coimbra, Penafiel, Mirandela, Viseu, Beja, Loulé, Ponta Delgada (Azorlar) ve Funchal (Madeira) şehirlerinde bulunan idare ve vergi mahkemelerinde ise ihtisaslaşmaya gidilmemiştir<sup>89</sup>.

Bölge idare mahkemeleri, doğrudan Yüksek İdare Mahkemesine gidilen durumlar hariç olmak üzere, ilk derece idare ve vergi mahkemeleri tarafından verilen nihai kararlara karşı yapılan istinaf başvurularını incelemekle görevli ikinci derece idari yargı yerleridir (m. 37-38). Bölge idare mahkemelerinde, biri idari, diğeri mali konulardaki başvurulara bakmak üzere iki dava dairesi mevcuttur (m. 32). Dairelerde; başkan, başkan yardımcısı ve diğer üyeler (hâkimler) bulunur (m. 34). Kararlar, üç üyeden oluşan<sup>90</sup> heyetler halinde alınır (m. 35). Kural olarak idari uyuşmazlıklara ilişkin tahkim heyetleri<sup>91</sup> tarafından verilen kararlara karşı kanun yolu başvuruları ve ilk derece idari yargı mensuplarının (hâkim ve savcılarının) görevlerinden doğan sorumluluğa ilişkin rücu davaları da bölge idare mahkemelerinin idari dava dairesinde görülür (m. 37). İlk derece idare ve vergi mahkemelerinin kararlarının uygulanmasına ilişkin talepler ise bölge idare mahkemesinin ilgili dairesinde (idare mahkemesi kararı söz konusu ise idari dava dairesinde, vergi mahkemesi kararı söz konusu ise vergi dava dairesinde) incelenir (m. 37-38). Bölge idare mahkemelerindeki vergi dava dairelerinin istinaf incelemesi dışındaki diğer görevleri ise şunlardır:

- Mali konularda Hükümet üyeleri tarafından uygulanan idari işlemler aleyhine yapılan başvuruları incelemek
- Yargı çevresi içinde yürütülen yargılamalara ilişkin ihtiyati tedbir taleplerini incelemek
- Kendisinde derdest bulunan dosyalara ilişkin delil tespiti taleplerini incelemek.

İdare ve Vergi Mahkemelerinin Statüsü Hakkında Kanun, bölge idare mahkemelerinde herhangi bir uzmanlaşma öngörmemiştir. İlk derecede ihdas edilen uzmanlaşma alanlarının ikinci derecede de getirilmesine ilişkin bir kanun tasarısı hazırlanmış; ancak henüz yasalaşmamış durumdadır<sup>92</sup>.

Lizbon'da bulunan Yüksek İdare Mahkemesi, yukarıda değinildiği üzere, idari yargı düzeninin en üst organı olup ülke çapında yetkilidir. Fransa'daki *Conseil d'État*'dan ve Türkiye'deki Danıştay'dan farklı olarak, Portekiz Yüksek İdare Mahkemesinin, yürütme organına danışmanlık mahiyetinde, görüş bildirme yahut inceleme gibi görevleri yoktur<sup>93</sup>. Yüksek İdare

<sup>89</sup> Bu bilgiler, 5 numaralı dipnotta belirtilen Çalışma Ziyareti kapsamında, Lizbon idare ve vergi mahkemeleri tarafından Türk heyetine yapılan sunumdan alınmıştır.

<sup>90</sup> Üç üyeden bir tanesi, aynı zamanda raportörlük görevini üstlenmektedir.

<sup>91</sup> Anayasa, mevcut yargı düzenleri dışında tahkim heyetleri kurulmasına izin vermektedir (bkz. Başlık I: "Anayasal Çerçeve").

<sup>92</sup> Bu bilgi, 5 numaralı dipnotta belirtilen Çalışma Ziyareti kapsamında, Lizbon Bölge İdare Mahkemesi tarafından Türk heyetine yapılan sunumdan alınmıştır.

<sup>93</sup> Eskiden aynı müessesede tarafından ifa edilen bu görevler, yargılama fonksiyonundan tamamen yalıtılmış bir yüksek siyasi kurul olan Devlet Şurasının uhdesinde bırakılmıştır (bkz. Başlık I: "Anayasal Çerçeve").

Mahkemesi, yargılama görevini, daireler (*secções*) ve genel kurullar (*pleno* ve *plenário*)<sup>94</sup> aracılığıyla yerine getirir. An itibarıyla Yüksek İdare Mahkemesinde biri idari dava dairesi, diğeri vergi dava dairesi olmak üzere toplam iki daire bulunmaktadır. Yüksek İdare Mahkemesi Başkanı, her iki daireye de başkanlık eder ve biri idari dava dairesinin, diğeri vergi dava dairesinin üyesi olan iki başkan yardımcısı vardır. Daireler en az üç üyeye (hâkimle) toplanır<sup>95</sup>. Bununla birlikte bazı durumlarda bütün üyeleriyle de toplanabilir. Dairelerde kararlar, üç üyeden oluşan heyetlerce alınır. Genel kurul, dairedeki üyelerin en az üçte ikisinin katılımıyla faaliyet gösterir ve kararların alınması ilgili daire üyelerinin tamamının sorumluluğundadır<sup>96</sup>.

İdari dava dairesinin görevleri şunlardır (m. 24):

- Cumhurbaşkanı, Başbakan, Bakanlar Kurulu, Cumhuriyet Meclisi Başkanı gibi devletin yüksek makamlarından çıkan idari işlem ve eylemlere karşı açılacak davalara ilk derece mahkemesi olarak bakmak
- Seçim yargısına ilişkin olarak kanunlarda verilen görevleri yapmak
- Görev alanı içinde yürütülen yargılamalara ilişkin ihtiyati tedbir taleplerini incelemek
- Kendisi tarafından verilmiş kararların uygulanmasına dair başvuruları incelemek
- Yüksek İdare Mahkemesinde ve bölge idare mahkemelerinde bulunan hâkim ve savcılarının görevlerinden doğan sorumluluğa ilişkin rücu davalarını görmek
- Bölge idare mahkemesi idari dava dairelerinin ilk derecede baktığı davalarda verdiği kararlara karşı yapılan kanun yolu başvurularını incelemek
- İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun öngördüğü durumlarda, bölge idare mahkemelerinin idari dava daireleri ve idare mahkemelerinin verdiği kararlar aleyhine yapılan temyiz başvurularını (maddi vakıaları sabit kabul ederek, yalnızca hukuka uygunluk açısından) incelemek.

Vergi dava dairesinin görevleri ise şunlardır (m. 26):

- Bölge idare mahkemesi vergi dava dairelerinin ilk derecede baktığı davalarda verdiği kararlara karşı yapılan kanun yolu başvurularını incelemek
- İlk derece vergi mahkemelerinin verdiği kararlar aleyhine, yalnızca davanın esası (uygulanacak hukuk) açısından yapılan temyiz başvurularını incelemek
- Bakanlar Kurulunun mali konulardaki işlem ve kararlarına karşı açılan davaları (ilk derecede) görmek
- Görev alanı içinde yürütülen yargılamalara ilişkin ihtiyati tedbir taleplerini incelemek
- Kendisi tarafından verilmiş kararların uygulanmasına dair başvuruları incelemek
- Kendisinde derdest bulunan dosyalara ilişkin delil tespiti taleplerini incelemek.

<sup>94</sup> Her iki dairenin ayrı ayrı iki genel kurulu (*pleno*), ayrıca bütün olarak Yüksek İdare Mahkemesinin de bir genel kurulu (*plenário*) vardır.

<sup>95</sup> Üç üyeden bir tanesi, aynı zamanda raportörlük görevini üstlenmektedir.

<sup>96</sup> İdare ve Vergi Mahkemelerinin Statüsü Hakkında Kanun'un ve İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun ilgili hükümlerinin özeti niteliğindeki bu bilgiler, Yüksek İdare Mahkemesinin resmi internet sitesinden alınmıştır: "Apresentação", son güncelleme 30.06.2023, [https://www.stadministrativo.pt/tribunal/apresentacao\\_pt/](https://www.stadministrativo.pt/tribunal/apresentacao_pt/).



İdari dava dairesi genel kurulu ve vergi dava dairesi genel kurulu, dairelerin ilk derece mahkemesi sıfatıyla gördükleri davalarda kanun yolu incelemesi yapar. Genel kurullar ayrıca, ilgili dairenin içtihatlarının birleştirilmesini (*uniformização de jurisprudência*) gerektiren konularda karar verir. Genel kurulların diğer görevi, İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun öngördüğü durumlarda, ilk derece idare ve vergi mahkemeleri tarafından verilen ve güçlük doğurucu yeni bir hukuki mesele içermesi sebebiyle diğer davalarda emsal olarak gösterilebilecek nihai kararlar aleyhine yapılacak kanun yolu başvurularına bakmaktır<sup>97</sup>.

Yüksek İdare Mahkemesi Genel Kurulu, Yüksek İdare Mahkemesi Başkanı, Yüksek İdare Mahkemesi Başkan Yardımcıları ve iki dairenin en kıdemli beş üyesinden oluşur. İlk görevi, idari dava dairesi ve vergi dava dairesi kararları arasında aykırılık ve uyuşmazlık bulunması halinde içtihatların birleştirilmesi yönünde karar vermektir. Gerek idari dava dairesi genel kurulu, gerek vergi dava dairesi genel kurulu, gerekse Yüksek İdare Mahkemesi Genel Kurulu, yalnızca içtihat mahkemesi olarak görev yapmaktadır (başka bir deyişle genel kurullar yalnızca hukuki sorunları ele alır, maddi vakıa incelemesi yapmaz). Zira 2004 yılında gerçekleştirilen idari yargı reformuyla Yüksek İdare Mahkemesi, salt içtihat mahkemesi haline getirilmiştir<sup>98</sup>.

İdari hâkimler, tıpkı adli hâkimler gibi hâkimlik teminatından yararlanmaktadır. İdari hâkimlik yapabilmek için hukuk fakültesi mezunu olmak veya hukuk alanında yüksek lisans yapmış olmak gerekir. Giriş sınavını kazananlar, Adli Etütler Merkezine (*Centro de Estudos Judiciários*) aday hâkim olarak eğitim almak üzere kabul edilir. Burada verilen bir yıl teorik, bir yıl pratik (staj) eğitiminden sonra akademik ve mesleki açıdan yeterli bulunanlar bir yıl da hâkim yardımcısı sıfatıyla ek mahkeme stajı yapmak suretiyle göreve başlarlar<sup>99</sup>.

Türk idari yargısında, eski adı kanunsözcüsü olan savcılar, yalnızca Danıştayda bulunmaktadır. Portekiz idari yargısında ise savcılar, yargı örgütünün her kademesinde (idare ve vergi mahkemelerinde, bölge idare mahkemelerinde ve Yüksek İdare Mahkemesinde) aktif görev yapmaktadır. Savcılar ilgili mahkemenin değil, Kamu Savcılığının (*Ministério Público*) personeli olarak, davalarda hukuka uygunluğun korunması ve kamu menfaatinin gerçekleştirilmesi amacıyla devleti temsil ederler (m. 51-52).

#### IV. İDARİ YARGILAMA USULÜ

Portekiz'de idarenin yargısal denetimi açısından büyük bir reform niteliği taşıyan İdari Yargılama Usulü Kanunu (*Código de Processo nos Tribunais Administrativos*)<sup>100</sup>, 2002 yılında yürürlüğe konmuştur. Kanun; Yüksek İdare Mahkemesi, bölge idare mahkemeleri ve ilk derece mahkemelerinde (idare ve vergi mahkemelerinde) izlenecek muhakeme prosedürünü oldukça detaylı biçimde (192 madde halinde) düzenlemektedir.

<sup>97</sup> “Apresentação”.

<sup>98</sup> “Apresentação”.

<sup>99</sup> Bu bilgiler, 5 numaralı dipnotta belirtilen Çalışma Ziyareti kapsamında, Lizbon idare ve vergi mahkemeleri tarafından Türk heyetine yapılan sunumdan alınmıştır.

<sup>100</sup> *Lei n.º 15/2002, Código de Processo nos Tribunais Administrativos*, <https://diariodarepublica.pt/dr/legislacao-consolidada/lei/2002-34464475>, (erişim: 09.07.2023).



## A. ETKİLİ YARGISAL KORUNMA

Kanun'un *etkili yargısal korunma* ilkesini düzenleyen 2. maddesi, bu prensibi aynı zamanda bir *hak* olarak tanımaktadır<sup>101</sup>. Bu hak; makul süre içinde ve adil bir yargılama neticesinde verilmiş, tarafların ortaya koyduğu bütün iddiaları dikkate alan, kesin hüküm gücüne ve uygulanma kabiliyetine sahip bir yargı kararı elde edebilmeyi içerir. Elde edilecek yargı kararının faydalı etkilerini temin etmeye yönelik önleyici, koruyucu yahut ihtiyati tedbirlere ulaşılması da hakkın kapsamına dâhildir (m. 2/1).

İdari mahkemelere, etkili yargısal korunma hakkının yerine getirilmesi bağlamında, çok geniş yetkiler verilmiştir. Söz konusu yetkiler arasından seçilen dikkat çekici bazı örnekler şöyledir (m. 2/2):

- İdari işlemleri iptal etme, idari işlemlerin hükümsüzlüğünü veya yokluğunu tespit ve ilan etme
- İdareyi kanun hükümlerinin veya akdi yükümlülüklerin gerektirdiği işlemleri yapmaya mahkûm etme
- İdareyi belli bir işlemi *yapmamaya* mahkûm etme
- Düzenleyici işlemlerin hukuka aykırılığını ilan etme, eksik düzenleme halinde idareyi belli bir süre içinde düzenleyici işlem yapmaya mahkûm etme
- İdari işlemlerden doğan sübjektif hukuki durumları tanıma (tespit etme), belli niteliklerin yahut şartların sağlandığını tespit etme
- Kamu idaresini veya kişileri belli bir davranışı yapmaya yahut yapmamaya mahkûm etme
- Meşru temelden yoksun *de facto* durumlar dâhil olmak üzere, idareyi, zedelediği bir hak veya menfaatin yeniden tesis edilmesi için gereken davranışları yapmaya mahkûm etme
- Hukuki yükümlülükleri çerçevesinde idareyi belli bir miktar parayı ödemeye, belli bir şeyi teslim etmeye veya belli bir edimi gerçekleştirmeye mahkûm etme
- İdari sözleşmelerin yorumuna, geçerliliğine veya ifasına ilişkin hususları değerlendirme
- Mükerrer ödemeler dâhil olmak üzere, idareyi sebepsiz zenginleşmeden kaynaklanan borçları ödemeye mahkûm etme
- Belli bir bilgiyi vermesi, belgelere erişim sağlaması veya belli bir sertifikayı veya ruhsatı vermesi için idareye emir verme
- Temel hakları, hürriyetleri veya teminatları korumak için idareye emir verme

<sup>101</sup> İdarenin işlem ve eylemleri karşısında etkili yargısal korunma hakkına, Anayasa'nın yukarıda nakledilen m. 268/4 hükmünde açıkça yer verilmektedir. Bkz. Başlık II: "Genel İdari Usul". Hakkın düzenlendiği asıl yer ise Anayasa'nın "Adalet Erişim ve Etkili Yargısal Korunma Hakkı" başlıklı 20. maddesidir.

- Verdiği kararların uygulanması için idareye gerekli emirleri verme

Yukarıda örneklendirilen yetkilerden her biri, aynı zamanda Kanun'un m. 37/1 hükmünde sayılan genel dava türlerini teşkil etmektedir. Ayrıca ilgililer, bu yetkilerden birinin veya birkaçının kullanılması talebiyle de dava açabilirler. Başka bir deyişle, tek bir dilekçede bu yetkilere karşılık gelen birden fazla davayı açmak mümkündür<sup>102</sup>.

Kanun'un "İdari Mahkemelerin Yetkileri" başlıklı 3. maddesi, idari yargı yerlerine, kararlarının gereklerinin yerine getirilmesi için idareye resen süre sınırı koyma ve icabında zorlayıcı parasal yaptırımlar (*sanções pecuniárias compulsórias*) uygulama imkânı tanımaktadır. İdari mahkemeler, gecikmesinde sakınca bulunan hallerde, yeterli yargısal korumayı sağlamak ve dava sonucunda verilecek kararın etkisini temin etmek için ihtiyati tedbirler de alabilecektir. Bu tedbirlerin neler olabileceği (türleri) konusunda Kanun'da herhangi bir sınırlama getirilmemiştir. Mahkeme, nasıl bir tedbir alacağına, somut olayın özelliklerine göre karar verecektir. Örneğin idarenin izin yahut ruhsat talebini reddetmesi üzerine açılan bir davada mahkeme, davacıya geçici bir izin veya ruhsat verilmesine hükmedebilmektedir<sup>103</sup>. Maddenin idari yargı yetkisine getirdiği tek sınır, yerindelik denetimi yasağıdır. İdari mahkemeler, sayılan bu yetkileri, yalnızca idarenin hukuka uygun davranıp davranmadığını denetlerken kullanabilecektir (m. 3/1).

İdari yargıcın yetkileri açısından, Kanun'un "Gereken İşlemin Yapılmasına Hükmetme (*Condenação à prática do ato devido*)" başlıklı 66 ila 71. madde hükümleri de dikkat çekicidir. Bu maddelerde, Alman idari yargılama hukukunda mevcut bulunan yükümlülük davasına (*Verpflichtungsklage*) benzer bir dava türü düzenlenmektedir. Bu dava türü sayesinde mahkemeler, hukuken harekete geçmesi gerektiği halde işlem tesis etmeyen idareye, belli bir idari işlemi yapması için emir verebilmektedir<sup>104</sup>. Eğer yapılacak işlemde idare bağlı yetki içerisindeyse, mahkeme verdiği emirde işlemin içeriğini de tespit edecektir. Şayet işlemin içeriğini oluşturma konusunda idarenin takdir yetkisi bulunuyorsa, mahkeme yalnızca *bir işlem yapılmasını* emrecek ve idarenin takdir yetkisini kullanırken uyması gereken esasları hatırlatmakla yetinecektir<sup>105</sup>.

İdari Yargılama Usulü Kanunu, idari yargı yerlerinin hızlı ve etkin karar almalarını sağlayan acil usuller (*processos urgentes*) de öngörmüştür. Kanun'a göre acil usule tabi olan bazı uyuşmazlıklar şunlardır (m. 36):

- Seçim uyuşmazlıkları
- Kitlesele (seri) davalar
- Sözleşme öncesi (ihale sürecine dair) uyuşmazlıklar

<sup>102</sup> Correia, "Judicial Resolution of Administrative Disputes", s. 19.

<sup>103</sup> Correia, "Judicial Resolution of Administrative Disputes", s. 20.

<sup>104</sup> Raimundo vd., "Administrative Silence in Portugal", s. 282. Yükümlülük davası hakkında ayrıca bkz. A. Çağrı Yıldız, *Alman İdari Yargılama Hukukuna Özgü Bir Dava Türü: Yükümlülük Davası*, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2021, s. 4-6 ve 11-12.

<sup>105</sup> Correia, "Judicial Resolution of Administrative Disputes", s. 12-13.

- Bilgi edinme, belgelere erişim ve sertifika veya ruhsat talepleri
- Temel ve anayasal hakların ivedilikle korunması talepleri
- İhtiyati tedbir talepleri

Türkiye’de gerek 1982 Anayasası’nın gerekse 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu’nun idari yargı yetkisine ve yürütmenin durdurulması müessesesine ilişkin hükümleri<sup>106</sup>, bireylere etkin yargısal korunma sağlamakdan ziyade idari yargıyı olabildiğince sınırlandıracak ve bugün Fransa’da dahi terk edilen 19. yüzyıla özgü bir kuvvetler ayrılığı anlayışını koruyacak tarzda kaleme alınmıştır. Portekiz Anayasası ve İdari Yargılama Usulü Kanunu ise, başka birçok ülkede olduğu gibi, bu anlayışı aşmış durumdadır. Yukarıda nakledilen hükümler, Portekiz idari yargısının, idareye emir ve talimat (yargısal emir – *injunction*) verme, yani tam yargı (*full jurisdiction*) yetkisiyle donatılarak adli yargıya (hukuk ve ceza mahkemelerine) denk bir konum kazandığını ve hukuka aykırılıklara yahut hak ihlallerine hızlı ve etkin müdahale araçlarına sahip olduğunu göstermektedir.

## B. ADALETE ERİŞİM

Kanun’un 7. maddesi, adalete erişim hakkı bakımından önemli bir yorum ilkesini yazılı hale getirmiştir. Buna göre yargılama hukuku (usul) kuralları, tarafların esas hakkındaki iddialarına yönelik bir karar verilmesini kolaylaştıracak şekilde yorumlanacaktır. Mahkemeleri aşırı şekilcilikten meneden bu hüküm, şekli hukukun, maddi hukukun tecellisi önünde bir engel teşkil edecek biçimde anlaşılmasını, başka bir deyişle özün biçime kurban edilmesini güçleştirecek bir tedbir olmak bakımından dikkate değerdir.

Türk idari yargılama hukukunda yetkinin, tıpkı görev gibi, kamu düzeninden olduğu kabul edilmektedir<sup>107</sup>. Hukuk muhakemesinin aksine, idari yargılamada tarafların aralarında anlaşıp bir yetki sözleşmesi yapmak suretiyle kanunda öngörülenden başka yerdeki bir mahkemeyi yetkili mahkeme olarak tespit etmeleri mümkün değildir. Genel kural, Portekiz hukukunda da aynı istikamette olmakla birlikte<sup>108</sup>, İdari Yargılama Usulü Kanunu’nun m. 19/2 hükmü, idari sözleşmelerden doğan ihtilaflar bakımından bu kurala önemli bir istisna getirmiştir. Hüküm uyarınca bir idari sözleşmenin tarafları, o sözleşmeden kaynaklanan davaların hangi yerdeki idari mahkeme tarafından görüleceğini, anlaşma yoluyla belirleyebileceklerdir. Eğer böyle bir anlaşma söz konusu değilse, aynı maddede sevk edilen tamamlayıcı kural devreye girecek ve yetkili mahkeme, sözleşmenin ifa edileceği yerdeki mahkeme olacaktır.

İdari yargının görev ve yetkisine ilişkin kuralların emredici karakterine istisna teşkil eden<sup>109</sup> başka bir husus, Anayasa’da kurulmalarına açıkça izin verilen tahkim heyetleridir

<sup>106</sup> Türkiye Cumhuriyeti Anayasası, m. 125/4-5-6, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu, m. 2/2 ve m. 27.

<sup>107</sup> Bahtiyar Akylmaz, Murat Sezginer ve Cemil Kaya, *Türk İdari Yargılama Hukuku*, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2023, s. 166 ve 234.

<sup>108</sup> Correia, “Judicial Resolution of Administrative Disputes”, s. 6-7.

<sup>109</sup> Correia, “Judicial Resolution of Administrative Disputes”, s. 7.

(*tribunais arbitrais*)<sup>110</sup>. İhtiyari Tahkim Kanunu'nun (*Lei da Arbitragem Voluntária*)<sup>111</sup> m. 1/5 hükmü uyarınca; “Devlet ve kamu hukukuna tabi diğer tüzel kişiler, kanunun izin verdiği hallerde veya bu anlaşmaların konusu özel hukuk uyuşmazlıkları olduğu takdirde tahkim anlaşması yapabilir”. Görüldüğü gibi özel hukuk uyuşmazlıklarının aksine, idarenin taraf olduğu kamu hukuku uyuşmazlıklarında tahkim yoluna gidilebilmesi için kanunun buna izin vermesi gerekmektedir. İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 180 ila 187. maddeleri ise; tahkime gidilebilecek uyuşmazlıklar, tahkim heyetlerinin oluşumu ve faaliyeti ve tahkim heyetlerince verilen kararlara karşı başvurulacak yargısal yollar gibi hususları düzenlemek suretiyle İhtiyari Tahkim Kanunu'nun getirdiği kanuni izin şartını sağlamış olmaktadır<sup>112</sup>. Buna göre, tahkim heyetleri, aşağıdaki konularda karar verebilecektir (m. 180/1):

- Sözleşmenin ifasına dair idari işlemlerin iptali veya yokluğunun (mutlak hükümsüzlüğünün) tespit edilmesi dâhil olmak üzere, idari sözleşmelere ilişkin uyuşmazlıklar
- İdarenin müşterek veya müteselsil sorumlu olduğu haller dâhil olmak üzere, idarenin sözleşme-dışı sorumluluğundan kaynaklanan tazminat taleplerine ilişkin uyuşmazlıklar
- Aksi kanunda düzenlenmiş olmamak kaydıyla, idari işlemlerin geçerliliğine (*validade*) ilişkin uyuşmazlıklar
- İş kazasından veya meslek hastalığından doğmamak ve konusu kişiye sıkı sıkıya bağlı haklar olmamak üzere, kamusal istihdama (kamu görevlilerine) dair hukuki ilişkilerden kaynaklanan uyuşmazlıklar

Üçüncü kişilerin menfaatini ilgilendirdiği takdirde, yukarıda sayılan uyuşmazlık türlerinde tahkim yoluna gidilebilmesi, bu kişilerin de tahkim anlaşmasını kabul etmesine bağlı olacaktır (m. 180/2). Devletin siyasi (hükümet) fonksiyonunun, yasama fonksiyonunun ve yargı fonksiyonunun icrasından kaynaklanan tazminat taleplerinde ise tahkim yoluna gidilemeyecektir (m. 185/1). Tahkim heyetlerinin yerindelik denetimi yapması da açıkça yasaklanmıştır (m. 185/2).

Türk idari yargılama hukukunda davalı taraf, kural olarak idaredir. Bir özel hukuk kişinin başka bir özel hukuk kişisine karşı idari yargıda dava açması ihtimali de yoktur<sup>113</sup>. Portekiz'de ise İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun m. 37/3 hükmü, böyle bir ihtimali düzenlemektedir. Buna göre başta imtiyazcılar olmak üzere, idare ile yakın ilişki içerisindeki özel hukuk kişilerinin, düzenleyici yahut birel idari işlemlerden veya idari sözleşmelerden doğan yükümlülüklerini ihlal etmeleri ya da ihlal edeceklerine dair haklı nedenlere dayalı bir endişenin varlığı halinde, hakkı yahut menfaati doğrudan haleldar olan gerçek veya tüzel kişiler, söz konusu özel hukuk kişinin belli bir davranışı yapmaya ya da yapmamaya mahkûm edilmesi talebiyle idari yargıda dava açabileceklerdir. Ancak bu davanın açılabilmesi için, ilgili idari makamın (söz

<sup>110</sup> Tahkim heyetleri hakkında genel açıklama için bkz. dipnot 29.

<sup>111</sup> *Lei n.º 63/2011 de 14 de Dezembro Aprova a Lei da Arbitragem Voluntária*, <https://diariodarepublica.pt/dr/detalhe/lei/63-2011-145578>, (erişim: 07.07.2023).

<sup>112</sup> Pedro, “Administrative Arbitration in Public Procurement in Portugal”, s. 227.

<sup>113</sup> Akylmaz, Sezginer ve Kaya, *Türk İdari Yargılama Hukuku*, s. 722, 756 ve 770.

konusu özel hukuk kişisi ile yakın ilişkiyi kuran, örneğin imtiyazı veren idarenin) kendisinden talep edilmesine rağmen bu konuda lüzumlu tedbirleri almamış olması da gerekmektedir<sup>114</sup>.

### C. YARGI KARARLARININ UYGULANMASI

Son olarak, idari yargı kararlarının uygulanması konusunu da ele almak gerekir. Kanun'un yukarıda değinilen 3. maddesinin 2. fıkrasına göre idari mahkemeler, verdikleri kararların idare tarafından ne kadar süre içerisinde uygulanması gerektiğini resen belirleme ve gerektiğinde zorlayıcı parasal yaptırımlara hükmetme yetkisine sahiptir. Konunun detayları, Kanun'un müteakip bölümlerinde yer alan muhtelif maddelerde düzenlenmiştir.

Mahkemenin idareye süre verme ve zorlayıcı parasal yaptırım uygulama yetkilerini tekrar eden 95. maddenin 4. fıkrası, belirlenen sürenin uzatılmasını ve yaptırım kararını gerekçeli olma şartına bağlamaktadır. Bu fıkrada atıf yapılan 169. madde ise, zorlayıcı parasal yaptırıma ilişkin esasları belirlemektedir. Buna göre mahkeme, kararı uygulamayan kişilere -ki bunlar çoğu zaman kamu görevlileridir- gecikilen gün başına o esnada geçerli olan asgari ücret miktarının %5'i ile %10'u arasında para cezası verebilecektir. Şayet kararı uygulamayan idari makam meclis, kurul yahut komisyon gibi kolektif bir organ ise, uygulama lehinde oy kullanan üyeler hakkında para cezasına hükmedilmeyecektir. Bu yolla tahsil edilen para cezaları, İdare ve Vergi Mahkemeleri Yüksek Kurulunun ödeneğine gelir olarak kaydedilecektir.

İdari yargı kararının uygulanmaması halinde ilgili taraf veya savcılık, bir yıl içerisinde, kararı ilk derecede vermiş olan mahkemeye bir uygulama dilekçesiyle (*petição de execução*) başvurabilir (m. 164). Dava dosyasına eklenen dilekçede, idarenin mahkeme kararına uymayan işlemlerinin iptali veya yok hükmünde olduğunun tespiti ve kararın uygulanmamasından doğan zararların tazmini talep edilebilecektir. Daha dikkat çekici olan ise şudur: uygulama dilekçesinde mahkemeden, idarenin yapmadığı işlemin hukuki etkilerini doğuracak, yani *idari işlem yerine geçecek* bir karar vermesi de istenebilecektir (m. 164/4-c ve m. 179/5). Eğer kararın uygulanması kapsamında idarenin yapması gereken ancak yapmadığı işlemin içeriği, hukuk kurallarınca tamamen belirlenmiş durumdaysa (yani idare bu hususta zaten bağlı yetki içerisinde idiyse) mahkeme bu talebi kabul ederek *doğrudan doğruya idari işlem niteliğinde* bir karar verebilecektir (m. 167/6)<sup>115</sup>.

### SONUÇ

Yürürlükteki Portekiz Anayasası, öncesinde yaşanan uzun diktatörlük tecrübesinin doğal bir sonucu olarak, kamu gücü kullanan otoriteleri mümkün olduğunca sınırlamayı amaçlayan kazıistik bir anayasadır. İdari faaliyete ve genel idari usule dair teferruatlı sayılabilecek hükümler içeren Anayasa, idari yargı örgütünün ve idari yargılama usulünün çerçevesini belirgin şekilde çizmektedir. Söz konusu detaylı düzenlemeler, aynı zamanda *idare hukukunun anayasallaşması* olgusuna da örnek teşkil etmektedir.

<sup>114</sup> Correia, "Judicial Resolution of Administrative Disputes", s. 13-14.

<sup>115</sup> Raimundo vd., "Administrative Silence in Portugal", s. 299-300; Correia, "Judicial Resolution of Administrative Disputes", s. 21-22.

Genel idari usulün kodifikasyonu, Türkiye’de neredeyse bütün idare hukukçuları tarafından sıklıkla gündeme getirilen bir ihtiyaçtır. Portekiz’de 1991 yılında çıkarılan ve şu an 2015 versiyonu yürürlükte bulunan İdari Usul Kanunu, içerdiği özgün düzenlemelerle Türkiye’de gerçekleştirilecek olası bir tedvin faaliyeti için örneklik değeri arz etmektedir. Kamu yönetiminde dijitalleşmeyi teşvik eden Kanun; eşitlik, tarafsızlık ve kanunilik gibi geleneksel idare hukuku ilkelerini etkinlik, verimlilik, masraftan ve zamandan tasarruf gibi işletmecilik esaslarıyla kaynaştırmaktadır. Kanun, öngördüğü cevap verme yükümlülüğü vasıtasıyla zımni ret olgusunu ortadan kaldırmış, ihdas ettiği *ön-bildirim* ve *usul-içi anlaşma* gibi müesseselerle idare hukuku ilişkilerinde söz konusu olan taraflar arası eşitsizliği azaltmıştır.

İdarenin yargısal denetimi alanında yaklaşık bir buçuk asır boyunca Danıştay tipi örgütlenmeyi benimseyen Portekiz, son birkaç on yıldır mahkeme tipi örgütlenmeye (Alman modeline) geçmiş durumdadır. Bu kapsamda Devlet Şurası yargısal yetkilerinden arındırılarak siyasi bir danışma organına dönüştürülmüş, Yüksek İdare Mahkemesine ise salt yargılama görevi verilmiştir. İdari yargılama usulü, 2002 yılında gerçekleştirilen reformla, *etkili yargısal korunma hakkı* doğrultusunda yeniden düzenlenmiş ve idari yargıç, yargısal emir (*injunction*), yani tam yargı (*full jurisdiction*) yetkisiyle donatılmıştır. İdari yargı yerleri, kendilerine tanınan önleyici tedbirler alma imkânı sayesinde, hak ihlallerine daha hızlı ve daha etkin bir şekilde müdahale etmenin hukuki araçlarına sahip kılınmıştır. Böylece anavatani Fransa’da dahi sarsılan, idareye emir ve talimat verme yasağı gibi 19. yüzyıla özgü birçok tabu yıkılmıştır. Bütün bu özelliklerinden dolayı Portekiz tecrübesinin dikkate alınması, Türkiye’de gerçekleştirilecek muhtemel bir idari yargı reformunda ciddi faydalar sağlayacaktır.

Türkiye’de hâkimlerin atanması, nakli, görevlendirilmesi, terfi ve disiplin işleri gibi hususlar, anayasal bir kurul olan ve yüksek mahkemelerle doğrudan irtibatı bulunmayan Hâkimler ve Savcılar Kurulunun yetkisi dâhilindedir. Portekiz’de ise her yargı düzeninin ayrı bir yüksek kurulu bulunmakta ve bu kurullara ilgili yüksek mahkemelerin başkanları başkanlık etmektedir. Gündeme gelecek bir anayasa değişikliğinde Portekiz modeli de dikkate alınmalı ve bu modelin sağlayabileceği muhtemel faydalar değerlendirilmelidir. Örneğin hâkimlerin mesleki denetiminde görev yaptıkları yargı kolundaki yüksek mahkemelerin daha fazla söz sahibi olmasının, içtihat birliğinin temin edilmesine ve korunmasına katkı sunacağı düşünülebilir. Benzer şekilde, adli yargı ve idari yargı için ayrı kurullar ihdas edilmesinin, ilgili yargı düzenlerine özgü problemlerin çözümünde daha etkili olacağı söylenebilir.

Portekiz idari yargısı, ilk derece mahkemelerinde ciddi bir uzmanlaşma oranını yakalamış durumdadır. İstinaf aşamasında uzmanlaşmaya dair kanun tasarısı ise yakın zamanda yürürlüğe girecektir. Türkiye’nin de idari yargıda ihtisaslaşmaya gitmesi gerektiği yönünde görüşler ve projeler, sıklıkla gündeme gelmektedir. Atılacak olası bir uzmanlaşma adımı, Portekiz deneyiminden yararlanılabileceği hatırd tutulmalıdır. Bu kapsamda, uzmanlaşma alanlarının hangi ölçütlere göre tespit edildiği ve ihtisas mahkemelerinde görev yapacak hâkimlerin nasıl bir hizmet içi eğitime tabi tutulduğu, daha ayrıntılı bir şekilde araştırılmalıdır.

Türk idari yargılama hukukunda idari yargının görev alanı, Uyuşmazlık Mahkemesinin mevcudiyetine rağmen ciddi belirsizlikler içeren bir konudur. Mevzu hukukta idari

yargının görev alanını koruyan hükümlerin var olup olmadığı, eğer varsa bu hükümlerin nasıl anlaşılacağı hep tartışmalı olagelmıştır. Fransa'da Uyuşmazlık Mahkemesi, ilke düzeyinde verdiği (sadece somut uyuşmazlığa özgü olmayan) kararlar vasıtasıyla, vatandaşların adil yargılanma hakkını ihlal eden bu belirsizliğin önüne geçmektedir. Portekiz'de ise İdare ve Vergi Mahkemelerinin Statüsü Hakkında Kanun'un 4. maddesi, idari yargının görevli olduğu konuları (tahdidi olmamakla beraber) bentler halinde düzenlemektedir. Mevcut belirsizliğin ve içtihat istikrarsızlığının -bir ölçüde- giderilmesi için, Türkiye'nin de benzer bir çözümü benimsemesi düşünülebilir.



## KAYNAKÇA

- Addink, Henk. "The Ombudsman as The Fourth Power: On the Foundations of Ombudsman Law From a Comparative Perspective". *Judicial Lawmaking and Administrative Law*. Ed., Stroink, Frits ve Eveline van der Linden. Anvers: Intersentia, 2005: (s. 251-284).
- Akyılmaz, Bahtiyar, Murat Sezginer ve Cemil Kaya. *Türk İdare Hukuku*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2023.
- Akyılmaz, Bahtiyar, Murat Sezginer ve Cemil Kaya. *Türk İdari Yargılama Hukuku*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2023.
- Alberts, Susan, Chris Warshaw ve Barry R. Weingasts. "Democratization and Countermajoritarian Institutions: Power and Constitutional Design in Self-Enforcing Democracy". *Comparative Constitutional Design*. Ed., Ginsburg, Tom. New York: Cambridge University Press, 2012: (s. 69-100).
- Avrupa Konseyi. "Türk Heyetinin İdari Yargı Alanında Lizbon Çalışma Ziyareti". Son güncelleme 30.06.2023, <https://www.coe.int/tr/web/ankara/news>.
- Biagi, Francesco. *European Constitutional Courts and Transitions to Democracy*. Cambridge: Cambridge University Press, 2020.
- Birmingham, David. *A Concise History of Portugal*. Cambridge: Cambridge University Press, 2018.
- Boyron, Sophie. "Semi-Presidentialism: The Rise of an 'Accidental' Model". *The Oxford Handbook of Comparative Administrative Law*. Ed., Cane, Peter, Herwig C. H. Hofmann, Eric C. Ip ve Peter L. Lindseth. Oxford: Oxford University Press, 2021: (s. 388-418).
- Bravo, Bárbara, Isabela de Melo ve Carlos Branco. "Administrative Democratization: the Participation of Citizens in the Portuguese Administrative System". *Practical Aspects Regarding the Role of Administrative Law in the Modernization of Public Administration*. Ed. Méndez-Pinedo, M. Elvira, Jakub Handrlica ve Cătălin-Silviu Săraru, Bükreş: ADJURIS, 2019: (s. 150-166).
- Brenninkmeijer, Alex, Laura Frederika Lalikova ve Dylan Siry. "Public Audit Accountability". *The Oxford Handbook of Comparative Administrative Law*. Ed., Peter Cane, Herwig C. H. Hofmann, Eric C. Ip ve Peter L. Lindseth. Oxford: Oxford University Press, 2021: (s. 987-1012).
- Brewer-Carías, Allan R. *Constitutional Courts as Positive Legislators*. New York: Cambridge University Press, 2017.
- Cohen-Eliya, Moshe ve Iddo Porat. "The Administrative Origins of Constitutional Rights and Global Constitutionalism". *Proportionality: New Frontiers, New Challenges*. Ed., Jackson, Vicki C. ve Mark Tushnet. New York: Cambridge University Press, 2017: (s. 103-129).
- Comella, Víctor Ferreres. "The Rise of Specialized Constitutional Courts". *Comparative Constitutional Law*. Ed., Ginsburg, Tom ve Rosalind Dixon. Northampton: Edward Elgar Publishing, 2011: (s. 265-277).
- Correia, Sérvulo. "Judicial Resolution of Administrative Disputes". *Comparative Law: Portuguese-American Perspectives (Volume I)*. Ed., Vicente, Dário Moura. Almedina: Livraria Almedina, 2006. [https://www.servulo.com/xms/files/OLD/publicacoes/Jud\\_Resol\\_SC\\_05.pdf](https://www.servulo.com/xms/files/OLD/publicacoes/Jud_Resol_SC_05.pdf), (erişim: 10.07.2023).
- Da Silva, Virgílio Afonso. "Beyond Europe and the United States: The Wide World of Judicial Review". *Comparative Judicial Review*. Ed., Delaney, Erin F. ve Rosalind Dixon. Northampton: Edward Elgar Publishing, 2018: (s. 318-336).
- De Figueiredo, Antonio. *Portugal: Fifty Years of Dictatorship*. Middlesex: Penguin Books, 1975.
- De Freitas, Tiago Fidalgo. "Administrative Transparency in Portugal". *European Public Law*. 22/4 (2016): (s. 667-688).

- De Lima, Débora Reis, Willian Batista de Oliveira ve Sónia P. Nogueira. "Principles of the Administrative Procedure Code and their Contributions to Accountability: the Portuguese Case". *Journal of Accounting, Management and Governance*. 24/3 (2021): (s. 438-455).
- De Sousa Ribero, Joaquim ve Esperança Mealha. "Portugal". *Constitutional Courts as Positive Legislators*. New York: Cambridge University Press, 2017: (s. 721-734).
- Diário da República. "Associação publica". Son güncelleme 30.06.2023. <https://diariodarepublica.pt/dr/lexionario/termo/associacao-publica>.
- Encyclopaedia Britannica. "Portugal". Son güncelleme 24.06.2023. <https://www.britannica.com/place/Portugal>.
- Fabbrini, Federico. *Economic Governance in Europe: Comparative Paradoxes, Constitutional Challenges*. Oxford: Oxford University Press, 2016.
- Feijó, Rui Graça. *Presidents in Semi-Presidential Regimes: Moderating Power in Portugal and Timor-Leste*. Cham: Palgrave Macmillan, 2021.
- Figueiredo Dias, José Eduardo. "Portugal". *Codification of Administrative Procedure*. Ed., Jean-Bernard Auby. Brüksel: Bruylant, 2013: (s. 345-353).
- Fundação Francisco Manuel dos Santos. "O que são os tribunais arbitrais e como funcionam?". Son güncelleme 10.07.2023. <https://ffms.pt/pt-pt/direitos-e-deveres/o-que-sao-os-tribunais-arbitrais-e-como-funcionam>.
- Gargarella, Roberto. "The Constitution and Justice". *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*. Ed., Rosenfeld, Michel ve Andrés Sajó. Oxford: Oxford University Press, 2012: (s. 336-350).
- Garoupa, Nuno ve Lydia Tiede. "Judicial Politics in Portugal". *The Oxford Handbook of Portuguese Politics*. Ed., Fernandes, Jorge M., Pedro C. Magalhães ve António Costa Pinto. Oxford: Oxford University Press, 2023: (s. 164-180).
- Gerkrath, Jörg. "Are 'Octroyed Constitutions' of the 19<sup>th</sup> Century to be Considered as Imposed Constitutions?". *The Law and Legitimacy of Imposed Constitutions*. Ed., Albert, Richard, Xenophon Contiades ve Alkmene Fotiadou. New York: Routledge, 2019: (s. 120-139).
- Harden, Ian. "Ombudsmen and Complaint-Handling". *The Oxford Handbook of Comparative Administrative Law*. Ed., Cane, Peter, Herwig C. H. Hofmann, Eric C. Ip ve Peter L. Lindseth. Oxford: Oxford University Press, 2021: (s. 963-986).
- Hirschl, Ran. "Judicial Review and the Politics of Comparative Citations: Theory, Evidence and Methodological Challenges". *Comparative Judicial Review*. Ed., Delaney, Erin F. ve Rosalind Dixon. Northampton: Edward Elgar Publishing, 2018: (s. 403-422).
- Hoque, Ridwanul. "Eternal Provisions in the Constitution of Bangladesh: A Constitution Once and for All?". *An Unamendable Constitution? Unamendability in Constitutional Democracies*. Ed., Albert, Richard ve Bertil Emrah Oder. Cham: Springer, 2018: (s. 195-230).
- Jacobini, H. B. *An Introduction to Comparative Administrative Law*. New York: Oceana Publications, 1991.
- Kissane, Bill ve Nick Sitter. "National Identity and Constitutions in Modern Europe: Into the Fifth Zone". *Comparative Constitution Making*. Ed., Landau, David ve Hanna Lerner. Northampton: Edward Elgar Publishing, 2019: (s. 408-426).
- Kızıl Erkelli, Neşe. "Portekiz'de İdari Reform Projesine İlişkin Bazı Notlar". *İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi*. 6/1-3 (1985): (s. 181-188).
- Kosař, David. *Perils of Judicial Self-Government in Transitional Societies: Holding the Least Accountable Branch to Account*. Cambridge: Cambridge University Press, 2016.

- Magalhães, Pedro C. “Explaining the Constitutionalization of Social Rights: Portuguese Hypotheses and a Cross-National Test”. *Social and Political Foundations of Constitutions*. Ed., Galligan, Denis J. ve Mila Versteeg. New York: Cambridge University Press, 2013: (s. 432-468).
- Napolitano, Giulio. “Looking for a Smarter Government (and Administrative Law) in the Age of Uncertainty”. *Comparative Administrative Law*. Ed., Rose-Ackerman, Susan, Peter L. Lindseth ve Blake Emerson. Northampton: Edward Elgar Publishing, 2017: (s. 352-369).
- Napolitano, Giulio. “The Rule of Law”. *The Oxford Handbook of Comparative Administrative Law*. Ed., Cane, Peter, Herwig C. H. Hofmann, Eric C. Ip ve Peter L. Lindseth. Oxford: Oxford University Press, 2021: (s. 519-547).
- OECD. *Making Life Easy for Citizens and Businesses in Portugal: Administrative Simplification and e-Government*. 2008. <https://www.oecd.org/mena/governance/42600869.pdf>, (erişim: 26.06.2023).
- Ongaro, Edoardo. *Public Management Reform and Modernization: Trajectories of Administrative Change in Italy, France, Greece, Portugal and Spain*. Northampton: Edward Elgar Publishing, 2009.
- Opello, Walter C. Jr. *Portugal's Political Development*. Londra: Westview Press, 1985.
- Pedro, Ricardo. “Administrative Arbitration in Public Procurement in Portugal”. *European Procurement & Public Private Partnership Law Review*. 15/3 (2020): (s. 225-235).
- Raimundo, Miguel Assis, João Tiago Silveira, Tiago Fidalgo de Freitas ve Gonçalo De Andrade Fabião. “Administrative Silence in Portugal”. *The Sound of Silence in European Administrative Law*. Ed., Dragos, Dacian C., Polonca Kovac ve Hanna D. Tolsma. Cham: Palgrave Macmillan, 2020: (s. 279-307).
- República Portuguesa. “Justice”. Son güncelleme 07.07.2023. <https://www.portugal.gov.pt/en/gc21/ministries/justice/about>.
- Scotti, Valentina Rita. “Unamendable Constitutional Provisions and the European Common Constitutional Heritage: A Comparison Among Three Waves of Constitutionalism”. *An Unamendable Constitution? Unamendability in Constitutional Democracies*. Ed., Albert, Richard ve Bertil Emrah Oder, Cham: Springer, 2018: (s. 365-390).
- Secretária de Estado Adjunta e da Modernização Administrativa. *Relatório da Volta SIMPLEX+*. 2016. <https://www.simplex.gov.pt/app/files/33d9ef89f2328ba7f54385c3927153b9.pdf>, (erişim: 08.07.2023).
- Silveira, João Tiago, Tiago Fidalgo de Freitas, Gonçalo de Andrade Fabião ve Miguel Assis Raimundo. “The Simplification of Procedures in Portuguese Administrative Law”. *Lisbon Public Law Working Paper Series*. 2022-01.
- SIMPLEX. “O que é o Programa SIMPLEX?”. Son güncelleme 26.06.2023. <https://www.simplex.gov.pt/>.
- Supremo Tribunal Administrativo. “Apresentação”. Son güncelleme 30.06.2023. [https://www.stadministrativo.pt/tribunal/apresentacao\\_pt/](https://www.stadministrativo.pt/tribunal/apresentacao_pt/).
- Tavares, António F. “Bureaucracy and Public Administration”. *The Oxford Handbook of Portuguese Politics*. Ed., Fernandes, Jorge M., Pedro C. Magalhães ve António Costa Pinto. Oxford: Oxford University Press, 2023: (s. 197-211).
- Teles, Filipe. “Public Administration in Portugal”. *European Perspectives for Public Administration: The Way Forward*. Ed., Bouckaert, Geert ve Werner Jann. Leuven: Leuven University Press, 2020: (s. 439-454).
- Tushnet, Mark. *Weak Courts, Strong Rights: Judicial Review and Social Welfare Rights in Comparative Constitutional Law*. Princeton: Princeton University Press, 2008.
- Türkoğlu Üstün, Kamile. “Almanya’da İdari Yargının Tarihi Gelişimi”. *Prof. Dr. Metin Günday Armağanı (2. Cilt)*. Ankara: Atılım Üniversitesi Yayınları, 2020: (s. 1443-1468).

Varol, Ozan O. "Constitutional Performance in Transitions from Military to Civilian Rule". *Assessing Constitutional Performance*. Ed., Ginsburg, Tom ve Aziz Z. Huq. New York: Cambridge University Press, 2016: (s. 145-170).

Yıldız, A. Çağrı. *Alman İdari Yargılama Hukukuna Özgü Bir Dava Türü: Yükümlülük Davası*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2021.



İntihal | Plagiarism: Bu makale, en az iki hakem tarafından incelendi ve intihal içermediği teyit edildi.  
| This article has been reviewed by at least two referees and scanned via a plagiarism software.

# DAVA ŞARTI ARABULUCULUĞA TABİ İŞÇİ-İŞVEREN UYUŞMAZLIKLARINDA İŞVEREN TARAFINDAN YETKİLENDİRİLEN ÇALIŞANIN İŞVERENİ TEMSİL ETMESİ

REPRESENTATION OF THE EMPLOYER BY THE EMPLOYEE  
AUTHORIZED BY THE EMPLOYER IN PREREQUISITE MEDIATION IN  
EMPLOYER - EMPLOYEE DISPUTES

Doç. Dr. Leyla Akyol Aslan\*

## ÖZ

Arabuluculuk görüşmelerine, bizzat tarafların katılması esas olmakla birlikte, taraflar özel yetki verdikleri avukatları aracılığıyla da görüşmelere katılabilirler. Bununla birlikte tarafların dava şartı arabuluculukta temsiliyle ilgili İş Mahkemeleri Kanunu m. 3/18 hükmünde özel ve istisnai bir düzenlemeye yer verilmiştir. Buna göre, dava şartı arabuluculuğa tabi işçi işveren uyuşmazlıklarında, işverenin yazılı belgeyle yetkilendirdiği çalışanı da arabuluculuk görüşmelerinde işvereni temsil edebilir ve son tutanağı imzalayabilir. Bu düzenlemenin amacı, çok sayıda arabuluculuk başvurusuyla karşılaşabilecek olan işverenlere kolaylık sağlamaktır. Hükmün uygulanabilmesi için uyuşmazlığın dava şartı arabuluculuğa tabi bir işçi işveren uyuşmazlığı olması ve işverenin, çalışanını adı ya da resmi yazılı belgeyle yetkilendirmesi şarttır. Buradaki çalışan ifadesi, işverenin sigortalı ve bağımlı bir çalışanı olarak anlaşılmalıdır. İşvereni temsil eden çalışan, onun doğrudan temsilcisi konumunda olacak ve yaptığı işlemler işveren bakımından hüküm ve sonuç doğuracaktır. İşverenin çalışanı, kural olarak arabuluculuk sürecinde her türlü işlemi yapmaya yetkilidir. Ancak İMK m. 3/18'de işvereni temsil eden çalışanın sadece son tutanağı imzalayabileceğinden söz edildiği için, pozitif düzenlemelere göre, ayrıca yetkilendirilmedikçe çalışan, süreç sonunda yapılacak anlaşma belgesini imzalayamayacaktır. Yapılacak bir kanun değişikliğinde çalışana bu yetkinin açıkça verilmesi isabetli olacaktır.

**Anahtar Kelimeler:** İş Mahkemeleri Kanunu m. 3/18, Dava şartı arabuluculuk, Arabuluculuk, Arabuluculukta işverenin temsili.

\* Kırıkkale Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku Ana Bilim Dalı.

0000-0001-9245-5333 | leylaakyol@kku.edu.tr



Bu eser Creative Commons Alıntı-Gayri Ticari-Türetilemez 4.0 Uluslararası Lisansı ile lisanslanmıştır.  
This work is licensed under a Creative Commons Attribution-NonCommercial-NoDerivatives 4.0 International License.

## ABSTRACT

Although the principle is for the parties to attend the mediation negotiations in person, the parties can also participate in the negotiations through their lawyers to whom they have given special authority. However, a special and exceptional clause has been included in the Article 3/18 of the Labor Courts Law regarding the representation of the parties in prerequisite mediation. Accordingly, in employee-employer disputes subject to prerequisite mediation, an employee authorized by the employer with a written document may represent the employer in the mediation negotiations and sign the final minute. The purpose of this clause is to provide convenience to employers who may encounter a large number of mediation requests. In order for the clause to be enforced, the dispute must be an employee-employer dispute subject to prerequisite mediation, and the employer must authorize the employee with a common or official written document. The term employee here is to be understood as an insured and dependent employee of the employer. The employee representing the employer will be the direct representative of the employer and the employee's actions will have effects and consequences for the employer. As a rule, the employee of the employer is authorized to take any action during the mediation process. However, since it is mentioned in LCL article 3/18 that the employee representing the employer can only sign the final minute, according to the *lex lata*, the employee will not be able to sign the agreement document to be drawn at the end of the process unless the employee is specifically authorized. It would be appropriate to explicitly give this authority to the employee with a prospective law amendment.

**Keywords:** Labor Courts Law art. 3/18, Prerequisite Mediation, Mediation, Representation of the employer in mediation.



## GİRİŞ

Alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinden biri olan<sup>1</sup> arabuluculuk kurumu, hukukumuzda ilk defa 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu (HUAK) ile kabul edilmiştir<sup>2</sup>. Kanunun ilk halinde, sadece ihtiyari arabuluculuk modeli benimsenmiş, dava şartı arabuluculuğa yer verilmemiştir. Ancak daha sonra, 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu'nun (İMK) 01.01.2018 tarihinde yürürlüğe giren 3'üncü maddesiyle iş hukukuna ilişkin bazı uyuşmazlıklar bakımından ilk defa dava şartı arabuluculuk modeli benimsenmiştir. Diğer bir ifadeyle, hukukumuzda ihtiyari arabuluculuk kurumunun yürürlüğe girmesinden yaklaşık dört buçuk yıl sonra, dava şartı arabuluculuk uygulaması, öncelikle iş hukukuna ilişkin bazı uyuşmazlıklar bakımından başlamıştır. Daha sonra ise bazı ticari davalar<sup>3</sup> ve tüketici mahkemesinin görevine giren<sup>4</sup> uyuşmazlıklar bakımından dava şartı arabuluculuk kabul edilmiştir. Nihayet en son 7445 sayılı Kanunla, bazı uyuşmazlıklar<sup>5</sup> bakımından da dava şartı arabuluculuk getirilmiş, böylece hukukumuzda, dava şartı arabuluculuğa tabi uyuşmazlıkların kapsamı oldukça genişlemiştir.

İş hukukunda dava şartı arabuluculuk kapsamında yer alan uyuşmazlıklar, İMK m. 3/1 hükmünde düzenlenmiştir. Bu hükme göre “*Kanuna, bireysel veya toplu iş sözleşmesine dayanan işçi veya işveren alacağı ve tazminatı ile işe iade talebiyle açılan davalarda, arabulucuya başvurulmuş olması dava şartıdır*”<sup>6</sup>. Bu kanunun 3'üncü maddesine, 1 Eylül 2023 tarihinde

\* Kırıkkale Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku Anabilim Dalı, ORCID ID: 0000-0001-9245-5333, E-Posta: lylakyol@hotmail.com.

<sup>1</sup> Bkz. Süha Tanrıver, *Hukuk Uyuşmazlıkları Bağlamında Arabuluculuk*, Ankara: Yetkin Yayınları, 2020, s. 39 vd.; Gülgün Ildır, *Alternatif Uyuşmazlık Çözümü*, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2003, s. 88 vd.; Orhan Dür, *Arabuluculuk Faaliyeti ve Arabulucunun Hak ve Yükümlülükleri*, Ankara: Adalet Yayınları, 2018, s. 5 vd.; Elif Kismet Kekeç, *Arabuluculuk Yoluyla Uyuşmazlık Çözümünde Temel Aşamalar ve Taktikler*, Ankara: Adalet Yayınları, 2014, s. 23 vd.; Melis Taşpolat Tuğsavul, *Türk Hukukunda Arabuluculuk*, Ankara: Yetkin Yayınları, 2012, s. 21 vd.; Ferhat Büyükkay, *Arabuluculuk Anlaşma Belgesi ve İcra Edilebilirlik Şerhi*, Ankara: Adalet Yayınları, 2018, s. 46 vd.

<sup>2</sup> 6325 Sayılı Kanun 22.6.2012 tarihli Resmi Gazetede yayımlanmakla birlikte bazı hükümleri hariç esas olarak yayımı tarihinden bir yıl sonra yürürlüğe girmiştir. Bkz. 6325 Sayılı Kanun m. 37.

<sup>3</sup> 7445 sayılı Kanunla değişik TTK m. 5/A hükmüne göre konusu bir miktar para olan alacak, tazminat, itirazın iptali, menfi tespit ve istirdat davalarında dava açılmadan önce arabulucuya başvuru dava şartı olarak kabul edilmiştir. Ticari davalarda dava şartı arabuluculuk hakkında geniş bilgi için bkz. İsmail Aydın, *Ticari Davalarda Dava Şartı Olarak Arabuluculuk*, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2022, s. 88 vd.

<sup>4</sup> Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunun 73/A maddesiyle, aynı maddede düzenlenen bazı uyuşmazlıklar haricinde, tüketici mahkemesinin görevine giren uyuşmazlıklar bakımından dava şartı arabuluculuk kabul edilmiştir. Tüketici uyuşmazlıklarında dava şartı arabuluculuk hakkında geniş bilgi için bkz. Muhammet Özeken, *Tüketici Uyuşmazlıklarında Zorunlu Arabuluculuk*, İstanbul: Aristo Yayınevi, 2021, s. 3 vd.; Banu Bilge Saruhan, “Tüketici Hukuku Uyuşmazlıklarında Dava Şartı Arabuluculuk Uygulaması”, *Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 4/2 (2021), s. 415 vd.

<sup>5</sup> Nitekim 7445 sayılı Kanunun 37'nci maddesiyle 6325 sayılı Kanuna 18/B maddesi eklenmiş ve bu madde ile özetle, kira uyuşmazlıkları, taksim ve ortaklığın giderilmesine ilişkin uyuşmazlıklar, Kat Mülkiyeti Kanunundan kaynaklanan uyuşmazlıklar, komşu hakkından kaynaklanan uyuşmazlıklar bakımından dava şartı arabuluculuk kabul edilmiştir. Yine 7442 sayılı Orman Kanunu ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunun 3'üncü maddesiyle 5488 Sayılı Tarım Kanununun 13 üncü maddesinde yapılan değişiklikle, tarımsal üretim sözleşmesinden doğan davalarda arabulucuya başvurulmuş olması dava şartı olarak kabul edilmiştir.

<sup>6</sup> Dava şartı arabuluculuğa tabi iş hukuku uyuşmazlıkları hakkında geniş bilgi için bkz. Nuri Çelik, Nurşen Caniklioğlu ve Talat Canbolat, *İş Hukuku Dersleri*, İstanbul: Beta Basım Yayım Dağıtım, 2019, s. 74 vd.; Ömer Ekmekçi vd., *Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2019, s. 204 vd.;

yürürlüğe girmek üzere 7445 sayılı Kanununun 41 inci maddesiyle “*Bu alacak ve tazminatla ilgili itirazın iptali, menfi tespit ve istirdat davaları hakkında birinci cümle hükmü uygulanır*” hükmü eklenmiştir. İMK m. 3/3 hükmünde, iş kazası veya meslek hastalığından kaynaklanan maddi ve manevi tazminat ile bunlarla ilgili tespit, itiraz ve rücu davalarının dava şartı arabuluculuğa tabi olmadığı açıkça ifade edilmiştir. Ancak bu son uyuşmazlıklar için (rücu davaları hariç)<sup>7</sup> ihtiyari arabuluculuk yoluna başvurulmasının mümkün olduğu haklı olarak kabul edilmektedir<sup>8</sup>.

Yargısal bir faaliyet olmayan ve bir alternatif uyuşmazlık çözüm yolu olan arabuluculuk faaliyetinin tarafları, esas olarak uyuşmazlığın taraflarıdır. Diğer bir ifadeyle, arabuluculuk müzakerelerinin, tarafların katılımıyla yürütülmesi esastır<sup>9</sup>. Ancak, arabuluculuk sürecinin mutlak tarafların katılımıyla yürütülmesi zorunlu değildir. Nitekim HUAK m. 15/6 ve İMK m. 3/18 hükümlerine göre “*Arabuluculuk müzakerelerine taraflar bizzat, kanuni temsilcileri veya avukatları aracılığıyla katılabilirler*”. Ayrıca, İMK m. 3/18, c.2 hükmüne göre “*İşverenin yazılı belgeyle yetkilendirdiği çalışanı da görüşmelerde işvereni temsil edebilir ve son tutanağı imzalayabilir*”. İşte bizim inceleme konumuzu, İMK m. 3/18 c.2’de yer alan bu hüküm teşkil etmektedir. Bu düzenleme çerçevesinde, arabulucuların, görüşmelere katılan kişilerin işvereni temsil edip etmediğini nasıl tespit edecekleri, işvereni temsil eden çalışanın yetkilerinin kapsamının ne olduğu, özellikle de çalışanın son tutanak dışında anlaşma belgesini imzalayıp imzalamayacağı gibi hususlarda, uygulamada bazı tereddütler yaşandığı tespit edildiği için konunun incelenmesi uygun görülmüştür.

## I. KONUSYA İLİŞKİN POZİTİF DÜZENLEMELERE GENEL BAKIŞ

Biraz önce de belirtildiği üzere bizim burada inceleyeceğimiz mesele, dava şartı arabuluculuğa tabi olan iş hukuku uyuşmazlıklarda, işverenin, yazılı belgeyle yetkilendirdiği çalışanın, işvereni temsil etmesidir. Konuya ilişkin pozitif düzenleme İMK m. 3/18, c. 2 de yer almaktadır. Bu düzenleme “*Arabuluculuk görüşmelerine taraflar bizzat, kanuni temsilcileri veya avukatları aracılığıyla katılabilirler. İşverenin yazılı belgeyle yetkilendirdiği çalışanı da görüşmelerde işvereni temsil edebilir ve son tutanağı imzalayabilir*” şeklindedir. Böyle bir düzenlemenin İMK’nun adı geçen hükmünde yer alması gayet doğaldır; zira söz konusu hüküm iş uyuşmazlıklarında dava şartı arabuluculuğa ilişkin bir hükümdür. Ancak bu konuda, dava şartı

Emine Tuncay Senyen Kaplan, *Bireysel İş Hukuku*, Ankara: Yetkin Yayınları, 2022, s. 67 vd.; Ayşe Köme Akpulat, *İş Mahkemelerinde Yargılamanın Özellikleri*, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2018, s. 355 vd.; Faruk Barış Mutlay, *İş Hukukunda Zorunlu Arabuluculuk İş Hukukunda Genç Yaklaşımlar -III*, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2018, s. 132 vd.; Serkan Odaman ve Eda Karaçöp, “İş Mahkemeleri Kanunu Tasarı Taslağında Öngörülen Zorunlu Arabuluculuk Müessesesi”, *Sicil İş Hukuku Dergisi*, S.35, (2016), s. 61; Mustafa Çiçek, *İş Hukukunda Zorunlu Arabuluculuk*, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2018, s. 177 vd.; Şahin Çil, *İş Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk*, Ankara: Yetkin Yayınları, 2018, s. 19 vd.; Ezgi Korkmaz, “İş Hukukunda Dava Şartı Arabuluculuk: Güncel Sorunlar ve Tartışmalar”, *Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku Dergisi*, 16/47, (2020), s. 861 vd.

<sup>7</sup> Zira sosyal güvenlik hukukuna ilişkin olan rücu davaları, tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri davalardan değildir. Bu nedenle ihtiyari arabuluculuğa da konu olamazlar. Çelik, Caniklioğlu ve Canbolat, *İş Hukuku Dersleri*, s. 75.

<sup>8</sup> Bkz. Çelik, Caniklioğlu ve Canbolat, *İş Hukuku Dersleri*, s. 75; Ekmekçi vd., *Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk*, s. 212 vd.

<sup>9</sup> Ekmekçi vd., *Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk*, s. 71 vd.

arabuluculuğa ilişkin düzenlemeler içeren HUAK m. 18/A'da herhangi bir hükme yer verilmemiştir. HUAK'nda bu hususta bir düzenlemeye yer verilmemiş olması da anlaşılabilir. Çünkü, HAUAK'nun dava şartı arabuluculuğa ilişkin 18/A maddesi, münhasıran iş uyuşmazlıklarında dava şartı arabuluculuğa ilişkin olmayıp, bütün dava şartı arabuluculuk düzenlemeleri bakımından genel hüküm mahiyetindedir. Kaldı ki dava şartı arabuluculuğa ilişkin düzenlemeler, HUAK'ndan önce İMK'nda yapılmıştır. Ayrıca bu hususta Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Yönetmeliği (HUAKY) ile de bazı düzenlemeler getirilmiştir. Nitekim HUAKY m. 25/1'de "Arabuluculuk görüşmelerine taraflar bizzat, kanuni temsilcileri veya avukatları, idareler ise oluşturacakları komisyon aracılığıyla katılabilirler. İşverenin adi veya resmi yazılı belgeyle yetkilendirdiği çalışanı da görüşmelerde işvereni temsil edebilir ve son tutanağı imzalayabilir".

Öncelikle belirtmek gerekir ki, yönetmeliğin adı HUAK Yönetmeliği olmasına rağmen, iş uyuşmazlıklarında arabuluculuğa yönelik düzenleme de içermektedir. İMK m. 3/22'de "Arabuluculuğa başvuru usulü, arabulucunun görevlendirilmesi ve arabuluculuk görüşmelerine ilişkin diğer hususlar Adalet Bakanlığınca yürürlüğe konulan yönetmelikle belirlenir" şeklinde bir hükme yer verilmiştir. Ayrıca HUAKY'nin "Dayanak" başlıklı üçüncü maddesinde, iş bu yönetmeliğin hem HUAK'nun bazı maddeleri hem de İMK m. 3/22 hükmüne dayanılarak çıkartıldığı ifade edilmiştir. Böylece yönetmeliğin adı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Yönetmeliği olmasına rağmen, esasında İMK'nun dava şartı arabuluculuğa ilişkin hükümlerinin daha ayrıntılı ve açık olarak düzenlenmesine ilişkin bir yönetmelik niteliği de taşımaktadır.

Kanaatimizce bu durum, hukukumuzda dava şartı arabuluculuğa ilişkin düzenlemelerin parçalı ya da dağınık bir yapıda olmasından kaynaklanmaktadır<sup>10</sup>. Çünkü özellikle dava şartı arabuluculuk usulü hakkında hem HUAK'nda hem İMK'nda hem de HUAKY'nde düzenlemeler bulunmaktadır. Olması gereken hukuk bakımından bu düzenlemelerin tek bir çatı altında toplanması, örneğin sadece HUAK'nunda ayrı bir bölümde düzenlenmesi daha uygun olacaktır. Nitekim inceleme konumuz yani çalışanın işvereni temsil etmesi bakımından İMK ile HUAKY'nde yer alan düzenlemeler bakımından önemli bir fark göze çarpmaktadır. Şöyle ki, İMK m. 3/18'de işverenin "yazılı" belgeyle yetkilendirdiği çalışanın işvereni temsil edebileceği düzenlenmişken, HUAKY m. 25/1'de ise işverenin "adi veya resmi yazılı" belgeyle yetkilendirdiği çalışanın işvereni temsil edebileceği ifade edilmiştir.

## II. İMK M. 3/18 HÜKMÜNDE YER ALAN İNCELEME KONUSU ÖZEL DÜZENLEMENİN AMACI

Arabuluculuk faaliyetinin yürütülmesine<sup>11</sup> ilişkin HUAK m. 15/6 hükmüne göre, "Arabuluculuk müzakerelerine taraflar bizzat, kanuni temsilcileri veya avukatları aracılığıyla

<sup>10</sup> Bu hususta haklı eleştiri ve değerlendirmeler için bkz. Ekmekçi vd., *Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk*, s. 125 vd.

<sup>11</sup> Arabuluculuk faaliyetinin yürütülmesi hakkında daha geniş bilgi için bkz. Ekmekçi vd., *Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk*, s. 97 vd.; Tanrıver, *Hukuk Uyuşmazlıkları Bağlamında Arabuluculuk*, s. 111 vd.; Dür, *Arabuluculuk Faaliyeti ve Arabulucunun Hak ve Yükümlülükleri*, s. 322 vd.; Betül Azaklı Arslan, *Medeni Usul*

*katılabilirler. Uyuşmazlığın çözümüne katkı sağlayabilecek uzman kişiler de müzakerelerde hazır bulundurulabilir*". Bu hükümden de anlaşılacağı üzere, arabuluculuk müzakerelerine bizzat taraflar katılabilecektir. Asıl ve olağan olan da budur. Kaldı ki arabuluculuk süresine bizzat tarafların katılmasının yararları göz ardı edilemez. Ancak kanuni temsilin söz konusu olduğu hallerde, müzakerelere kanuni temsilciler katılacaktır. Bunun haricinde gerek tarafların bizzat katılmasının mümkün olduğu gerekse kanuni temsilin söz konusu olduğu hallerde, taraflar müzakerelere avukatları aracılığıyla da katılabilirler. HUAK m. 15/6'da yer alan bu düzenleme, kanunun ihtiyari arabuluculuğa ilişkin düzenlemeleri arasında yer almaktadır. Ancak kanunun dava şartı arabuluculuğa ilişkin 18/A maddesinin 20'nci fıkrasına göre "Bu bölümde hüküm bulunmayan hâllerde niteliğine uygun düştüğü ölçüde bu Kanunun diğer hükümleri uygulanır". Dolayısıyla HUAK'nun dava şartı arabuluculuğa ilişkin 18/A maddesinde arabuluculuk müzakerelerine katılabilecek olanlar hakkında özel bir düzenleme bulunmadığı için, 15/6 ncı maddesi dava şartı arabuluculuğa tabi bütün uyuşmazlıklar bakımından uygulanma da kabiliyetine sahip olacaktır.

HUAK m. 15/6 hükmüne benzer düzenlemeye, İMK m. 3/18 hükmünde de yer verilmiştir. Buna göre dava şartı arabuluculuğa tabi iş hukuku uyuşmazlıklarında da arabuluculuk müzakerelerine taraflar bizzat, kanuni temsilcileri veya avukatları aracılığıyla katılabilecektir<sup>12</sup>. Ancak, İMK m. 3/18 hükmünde, diğer bütün dava şartı arabuluculuğa tabi uyuşmazlıklar bakımından söz konusu olmayan özel bir düzenlemeye yer vermiştir. İnceleme konumuzu teşkil eden bu düzenlemeye göre, işverenin yazılı belgeyle yetkilendirdiği çalışanı da görüşmelerde işvereni temsil edebilecek ve son tutanağı imzalayabilecektir. Hemen belirtmek gerekir ki, İMK'nda yer alan bu özel düzenleme, işveren bakımından bir zorunluluk değil, ek bir olanak getirmektedir. Diğer bir deyişle, dava şartı arabuluculuğa tabi olan iş hukuku uyuşmazlıklarında, işverenin kendisini mutlaka bir çalışanı aracılığıyla temsil ettirmesi zorunlu değildir. Çünkü maddenin lafzında geçen "çalışanı da" ifadesinden, bu konuda ek bir olanak getirildiği açıkça anlaşılmaktadır.

O halde bu noktada sorgulanması gereken husus, kanun koyucunun bu tarz bir düzenlemeyi niçin sadece dava şartı arabuluculuğa tabi olan iş hukuku uyuşmazlıkları bakımından getirmiş olduğudur. Zira dava şartı arabuluculuğa tabi diğer bütün uyuşmazlıklar bakımından, uyuşmazlığın tarafları, arabuluculuk görüşmelerinde kendilerini sadece bir avukat aracılığıyla temsil ettirebilme olanağına sahipken (ki işveren de bu olanağa zaten sahiptir) işverene ayrıca, bir avukat haricinde yetkilendirildiği çalışanı aracılığıyla da temsil edilebilme hak ve yetkisi hangi gerekçeyle verilmiştir? Kanunun söz konusu hükmünün gerekçesine baktığımızda bu konuda herhangi bir ifadeye yer verilmediği görülmektedir. Diğer bir deyişle kanun koyucu hangi nedenle işverene kolaylık sağlayan<sup>13</sup> böyle bir düzenlemeye ihtiyaç olduğunu hükmün gerekçesinde açıklamamıştır.

*Hukuku Açısından Zorunlu Arabuluculuk*, Ankara: Yetkin Yayınları, 2018, s. 191 vd.; Kekeç, *Arabuluculuk Yoluyla Uyuşmazlık Çözümünde Temel Aşamalar ve Taktikler*, s. 128 vd.

<sup>12</sup> Benzer düzenleme HUAKY'nin dava şartı arabuluculuğa ilişkin m. 25/1 hükmünde de yer almaktadır.

<sup>13</sup> Çelik, Caniklioğlu ve Canbolat, *İş Hukuku Dersleri*, s. 79; Baran Sayılı, "Dava Şartı Olarak Arabuluculuk ve Sürece İlişkin Değerlendirmeler", Yüksek Lisans Tezi, Bursa Uludağ Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2023, s. 40.

Öncelikle belirtmek gerekir ki, arabuluculuk süreci yargısal bir faaliyet olmamasına<sup>14</sup> rağmen, bir tarafın avukatının (vekilinin) arabuluculukta müvekkilini temsil edebilmesi için bu konuda özel yetkiye sahip olması gerekir (HMK m. 74). Hiç kuşkusuz bu durum işverenin bir avukat aracılığıyla kendini temsil ettirmesi halinde de geçerlidir. Ayrıca işveren dışında başka bir kimse de arabuluculuk sürecinde avukat dışında kendisini başka bir kişi aracılığıyla temsil ettirme yetkisine sahip değildir. Ancak işverene, arabuluculuk müzakerelerinde yazılı belgeyle yetkilendirdiği çalışanı aracılığıyla kendini temsil ettirme olanağı verilmiştir. Ayrıca bu olanağın sadece işverene tanındığını, karşı tarafı teşkil eden işçiye tanınmış olmadığını da vurgulamak gerekir. Dolayısıyla arabuluculuk müzakerelerinde işçi kendisini ancak bir avukat aracılığıyla temsil ettirme olanağına sahiptir.

Kanaatimizce bu düzenleme, işveren aleyhine çok sayıda dava şartı arabuluculuk başvurusu yapıldığında, işverenin bunların hepsine aynı anda bizzat kendisinin katılmasının güç olması nedeniyle kabul edilmiştir. Örneğin işverenin onlarca işçiyi işten haksız olarak çıkardığında ve aleyhine, bu işçiler tarafından dava şartı arabuluculuk başvurusu yapıldığında, işverenin bizzat kendisinin bütün arabuluculuk görüşmelerine katılması mümkün olamayacaktır. Bu halde işverenin kendisini bir avukat aracılığıyla temsil ettirmesi düşünülebilir ise de bu durum çok sayıda avukata vekâlet verilmesine yol açacağından, işveren bakımından oldukça külfetli olabilecektir. Dolayısıyla kanun koyucu işverene bu ve benzeri nedenlerle kolaylık ve bir anlamda ayrıcalık tanımış olabilir. Kanaatimizce işverene bu şekilde bir olanak tanınmasının ve karşı taraf işçiye bu şekilde bir olanak tanınmamış olmasının, arabuluculuk sürecinde tarafların eşitliği<sup>15</sup> ilkesine (HUAK m. 3/2) aykırılık teşkil ettiği söylenemez. Çünkü biz, işverenin çalışanı tarafından temsil edilmesinin karşı taraf işçi bakımından eşitliği bozacak kadar olumsuz bir etki yaratacağı kanaatinde değiliz. Ayrıca işçinin kendisini bir çalışanı aracılığıyla temsil ettirmesi de mahiyeti gereği pek mümkün değildir. Hatta işçinin karşısında, patronu olan işveren yerine onun çalışanının bulunmasının özellikle taraflar arasındaki güç dengesizliği<sup>16</sup> ve işçinin süreçte psikolojik olarak kendisini daha rahat hissetmesi bakımından olumlu sonuçlar yaratabileceği dahi söylenebilir.

### III. ÇALIŞANIN ARABULUCULUK MÜZAKERELERİNDE İŞVERENİ TEMSİL EDİLEBİLMESİNİN KOŞULLARI

Yukarıda da ifade edildiği üzere, işverene bu yetkiyi veren düzenleme İMK m. 3/18'de yer almaktadır. Tekrar belirtmek gerekirse söz konusu hüküm şöyledir: "Arabuluculuk

<sup>14</sup> İbrahim Ermenek, *Arabuluculuk Sürecinde Zayıf Tarafın Korunması*, Ankara: Yetkin Yayınları, 2021, s. 144 vd.; Mustafa Özbek, *Alternatif Uyuşmazlık Çözümü*, Ankara: Yetkin Yayınları, 2016, s. 201; Tanrıver, *Hukuk Uyuşmazlıkları Bağlamında Arabuluculuk*, s. 28, 39-40; Ildır, *Alternatif Uyuşmazlık Çözümü*, s. 23; Dür, *Arabuluculuk Faaliyeti ve Arabulucunun Hak ve Yükümlülükleri*, s. 6-7; Büyükyay, *Arabuluculuk Anlaşma Belgesi ve İcra Edilebilirlik Şerhi*, s. 28-29.

<sup>15</sup> Bu konuda ayrıntı için bkz. Ermenek, *Arabuluculuk Sürecinde Zayıf Tarafın Korunması*, s. 118 vd.; Emel Hanağası, *Medeni Yargılama Hukukunda Silahların Eşitliği*, Ankara: Yetkin Yayınları, 2016, s. 201 vd.; Dür, *Arabuluculuk Faaliyeti ve Arabulucunun Hak ve Yükümlülükleri*, s. 261 vd.; Taşpolat Tuğsavul, *Türk Hukukunda Arabuluculuk*, s. 125 vd.

<sup>16</sup> Arabuluculuk sürecinde güç dengesizliği ve zayıf tarafın korunması hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Ermenek, *Arabuluculuk Sürecinde Zayıf Tarafın Korunması*, s. 5 vd.; Azaklı Arslan, *Medeni Usul Hukuku Açısından Zorunlu Arabuluculuk*, s. 131 vd.

görüşmelerine taraflar bizzat, kanuni temsilcileri veya avukatları aracılığıyla katılabilirler. İşveren yazılı belgeyle yetkilendirdiği çalışanı da görüşmelerde işvereni temsil edebilir ve son tanağı imzalayabilir”.

#### A. DAVA ŞARTI ARABULUCULUĞA TABİ BİR İŞÇİ İŞVEREN UYUŞMAZLIĞI BULUNMALIDIR

İşçinin işvereni temsil etmesine ilişkin hüküm, İMK m. 3/18’de ve HUAKY m. 25/1’de<sup>17</sup> düzenlenmiştir. Bu nedenle hükmün uygulanma alanının iş hukukuna ilişkin işçi işveren uyumsuzlukları bakımından geçerli olduğu rahatlıkla söylenebilecektir. Esasen işverenin çalışanını yetkilendirmesi söz konusu olduğuna göre, arabuluculuğa tabi diğer uyumsuzluklar (örneğin ticari uyumsuzluklar ve tüketici uyumsuzlukları vs.) bakımından hükmün uygulanması mahiyeti gereği zaten mümkün değildir. Dolayısıyla, işveren, örneğin ticari uyumsuzluklara ilişkin arabuluculuk görüşmelerinde kendisini temsil etmesi için bir çalışanını yetkilendiremez. Diğer uyumsuzluk türlerinin dava şartı arabuluculuğa tabi olup olmaması da önemli değildir. Söz konusu hüküm, İMK’nun “Dava şartı olarak arabuluculuk” başlığını taşıyan 3’üncü maddesinde düzenlendiğine göre, işverenin yazılı belgeyle yetkilendirdiği çalışanın, işvereni temsil etmesinin, dava şartı arabuluculuğa tabi olan iş uyumsuzlukları (İMK m. 3/1) bakımından geçerli olacağı açıktır. Ancak hemen belirtmek gerekir ki, kanaatimizce, dava şartı arabuluculuğa tabi bir işçi-şveren uyumsuzluğu için ihtiyari arabuluculuk sürecinin yürütüldüğü hallerde de işverenin, İMK m. 3/18 hükmüne göre çalışanını yetkilendirmesi mümkün olmayacaktır.

Kanun koyucu inceleme konusu hükmün uygulanması bakımından, dava şartı arabuluculuğa tabi iş uyumsuzlukları arasında bir ayırım da gözetmemiştir. Dolayısıyla örneğin hem işçi alacakları bakımından hem de işe iade talepleri bakımından başvuru dava şartı arabuluculukta, yetkilendirilen işçi, işvereni temsil edebilecektir. Önemli olan çalışanın yetkilendirildiği uyumsuzluğun, dava şartı arabuluculuğa tabi bir işçi işveren uyumsuzluğu olmasıdır. Ancak burada İMK m. 3/15 hükmü bakımından da bir değerlendirme yapmak gerekir. Söz konusu hükmü göre “*Asıl işveren-alt işveren ilişkisinin*<sup>18</sup> varlığı bâlinde işe iade talebiyle arabulucuya başvurulduğunda, anlaşmanın gerçekleşebilmesi için işverenlerin arabuluculuk görüşmelerine birlikte katılmaları ve iradelerinin birbirine uygun olması aranır”<sup>19</sup>. Hükmün lafzında işverenlerin arabuluculuk görüşmelerine birlikte katılmasından söz edilmektedir. Ancak burada işverenlerin görüşmelere birlikte katılmasından söz edilmesi, işverenlerin, yazılı belgeyle yetkilendirdikleri çalışanları aracılığıyla görüşmelere katılamayacağı anlamına gelmemektedir. Kuşkusuz görüşmelere taraf olarak bizzat işverenler katılabileceği gibi her bir işveren (asıl ve alt işveren) yetkilendirdiği çalışanı aracılığıyla da görüşmelere katılabilecektir. Bu halde anlaşmanın gerçekleşmesi halinde, her bir işvereni temsil eden çalışanların iradelerinin birbirine uygun olması yeterli olacaktır. Ayrıca işverenlerden

<sup>17</sup> Her ne kadar konu HUAKY m. 25/1’de de ayrıca düzenlenmiş ise de, bu yönetmeliğin dayanaklarından biri İMK olduğu ve yönetmelik hükmünde de zaten açıkça ifade edildiği için, özellikle dava şartı arabuluculuğa tabi diğer uyumsuzluklar bakımından hükmün uygulanması mümkün olmayacaktır.

<sup>18</sup> Asıl işveren alt işveren kavramları hakkında bkz. Çelik, Caniklioğlu ve Canbolat, *İş Hukuku Dersleri*, s. 95 vd.; Sarper Süzek, *İş Hukuku*, İstanbul: Beta Basım Yayım Dağıtım, 2020, s. 142 vd.; Ömer Ekmekçi ve Esra Yiğit, *Bireysel İş Hukuku Dersleri*, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2021, s. 115 vd.; Hamdi Mollamahmutoglu, Muhittin Astarlı ve Ulaş Baysal, *İş Hukuku Ders Kitabı, Cilt 1 Bireysel İş Hukuku*, Ankara: Lykeion Yayıncılık, 2022, s. 39 vd.; Senyen Kaplan, *Bireysel İş Hukuku*, s. 85 vd.

<sup>19</sup> Bu hükmü yönelik değerlendirmeler için bkz. Ekmekçi vd., *Hukuk Uyumsuzluklarında Arabuluculuk*, s. 237 vd.



birinin (örneğin asıl işveren) bizzat kendisi görüşmelere katılırken, diğer işverenin (örneğin alt işveren) yetkilendirdiği çalışanı aracılığıyla görüşmelere katılması da mümkün olabilecektir.

Öte yandan belirtmek gerekir ki, İMK m. 3/1 hükmünde de açıkça ifade edildiği gibi dava şartı arabuluculuğun kapsamına sadece işçi alacakları değil, işveren alacakları da girmektedir<sup>20</sup>. Dolayısıyla işveren dava şartı arabuluculuğa başvuran taraf olabileceği gibi karşı tarafta da yer alabilir. İMK m. 3/18'de işverenin yetkilendirdiği çalışanın arabuluculuk görüşmelerinde işvereni temsil etmesinden söz edilmektedir. Burada şöyle bir soru akla gelmektedir: Acaba çalışanın işvereni temsil edebilmesi ancak diğer tarafın (işçinin) başvurusu üzerine başlamış bir dava şartı arabuluculuk sürecinde mi söz konusu olabilir? Yoksa kanunda geçen görüşmelerde işvereni temsil etme yetkisi, işveren adına arabuluculuk başvurusunda bulunmayı da kapsar mı? Hükmün lafzına bakıldığında çalışanın işvereni görüşmelerde temsil etmesinden söz edilmektedir. Kanun koyucu burada “görüşmelerde” ifadesini kullanmayı tercih etmiştir. Görüşmenin söz konusu olabilmesi için başlamış bir arabuluculuk sürecinin/faaliyetinin bulunması gerekir. Ortada başlamış bir süreç yoksa görüşmeden de söz edilemez. Dolayısıyla bu noktadan hareket edildiğinde, çalışanın, işvereni ancak karşı tarafın başvurusu üzerine başlayan ve kendisine bildirilen bir arabuluculuk sürecinde temsil etme yetkisinin bulunduğu, buna karşılık çalışanın işveren adına arabuluculuk başvurusunda bulunamayacağı söylenebilir. Buna karşılık kanun koyucunun “görüşmelerde” ifadesini kasıtlı (bilinçli) olarak kullanmadığı, bundan maksadın arabuluculuk süreci/faaliyeti olduğu kabul edildiğinde, çalışanın işveren adına arabuluculuk başvurusunda bulunabileceği ve süreç boyunca da görüşmelerde işvereni temsil etme yetkisinin mevcut olduğu ileri sürülebilecektir.

Kanaatimizce kanun koyucu burada “görüşmelerde” ifadesini sadece başlamış bir arabuluculuk sürecini ifade etmek için kullanmamış, başvuru aşaması dâhil arabuluculuk sürecinin tamamını kapsar bir şekilde kullanmıştır. Hükmün yukarıda ifade edilen amacı gözetildiğinde de bu sonuca varmak gerekir. Aksi takdirde başvurunun işveren tarafından yapılması ancak bundan sonra sürecin devamında çalışanın görüşmelerde yetkilendirilmesi söz konusu olabilecektir ki, bu sonuç hükmün amacı ile bağdaşmayacaktır. Kaldı ki İMK m. 3/18 c.1'de “*Arabuluculuk görüşmelerine taraflar bizzat, kanuni temsilcileri veya avukatları aracılığıyla katılabilirler*” şeklinde yer alan hükümde de “arabuluculuk görüşmelerine” ifadesi kullanılmıştır. Buradaki arabuluculuk görüşmelerine ifadesinin, arabuluculuğa başvurmak da dâhil bütün süreci kapsadığından şüphe etmemek gerekir. Çünkü bu hükümde bizzat tarafların ve avukatların katılımından söz edilmekte ve bu halde de görüşmelerde ifadesi kullanılmaktadır. Bizzat tarafın katıldığı hallerde, başvurunun taraf dışında bir kimse tarafından yapılması söz konusu olamayacağına göre, taraf hem başvuruda bulunabilecek hem de bütün süreci bizzat kendisi yürütecektir. Nasıl ki bu hükümde başvurunun tarafça yapılacağı ancak bundan sonra görüşmelerde avukatın tarafı temsil edebileceği düşünülmemeyecekse, çalışanın işvereni temsil etmesi bakımından da öncelikle işveren ya da karşı tarafça yapılmış bir başvurunun bulunması zorunluluğundan söz etmek doğru olmayacaktır. Kanun koyucunun bu hükümde görüşmelerde ifadesi yerine, arabuluculuk faaliyetinde ifadesini kullanması daha isabetli olurdu. Zira arabuluculuk faaliyeti sadece görüşmelerden ibaret değildir. Bu nedenlerle, kanaatimizce, çalışanın işvereni temsil edebilmesine ilişkin hükmün ancak karşı tarafça (işçi tarafından) yapılmış olan bir dava şartı arabuluculuk başvurusunun varlığı halinde işlerlik kazanabileceğini düşünmek doğru olmayacaktır.

<sup>2020</sup> Bu alacakların neler olabileceği hakkında bkz. Çiçek, *İş Hukukunda Zorunlu Arabuluculuk*, s. 223 vd.



Bu bağlamda incelenmesi gereken bir husus da dava şartı arabuluculuğa tabi olmayan<sup>21</sup> işçi işveren uyuşmazlıkları bakımından inceleme konusu hükmün uygulanmasının mümkün olup olamayacağıdır. Örneğin iş kazası veya meslek hastalığından kaynaklanan maddi ve manevi tazminat talepleri dava şartı arabuluculuğa tabi değildir. Ancak bunlar bakımından ihtiyari arabuluculuk yoluna başvurulmasına da bir engel yoktur<sup>22</sup>. İşte acaba bu uyuşmazlıklar için yapılan arabuluculuk görüşmelerinde çalışanı işvereni temsil edebilecek midir? Hükmün düzenlendiği yere bakıldığında, sadece dava şartı arabuluculuğa tabi işçi işveren uyuşmazlıkları bakımından uygulanabileceği söylenebilecektir<sup>23</sup>. Zira hem İMK m. 3/18 hem de HUAKY m. 25/1 dava şartı arabuluculuğa ilişkin hükümler arasında yer almaktadır. HUAK'nun (ve HUAKY'nin) dava şartı arabuluculuğa ilişkin olmayan, yani ihtiyari arabuluculuğa ilişkin hükümlerinde bu şekilde bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Dolayısıyla, pozitif hukuk bakımından, iş kazası veya meslek hastalığından kaynaklanan maddi ve manevi tazminat ile bunlarla ilgili tespit, itiraz ve rücu davaları, dava şartı arabuluculuğa tabi olmadığı için (İMK m. 3/3), inceleme konusu hükmün, bu uyuşmazlıklar bakımından işlerlik kazanmasının mümkün olmayacağı kanaatindeyiz. Ancak olması gereken hukuk bakımından yetkilendirilen çalışanın dava şartı arabuluculuğa tabi olmayan uyuşmazlıklar bakımından da işvereni temsil edebilmesi gerekir. Çünkü çalışanın, dava şartı arabuluculuğa tabi uyuşmazlıklarda işvereni temsil edip, dava şartına tabi olmayan uyuşmazlıklarda temsil edememesinin gerçekte pek de haklı bir gerekçesi yoktur.

## B. TARAFLAR ARASINDA İŞVEREN-ÇALIŞAN İLİŞKİSİ BULUNMALIDIR

İnceleme konusu hükmün uygulanabilmesi için taraflar arasında işveren-çalışan ilişkisinin bulunması gerekir. Nitekim madde metninde açıkça işverenin yetkilendirdiği çalışanı ifadesi yer almaktadır. Taraflar arasında bir işveren-çalışan ilişkisi yoksa hükmün uygulanması mümkün olmayacaktır. Burada belirtilmesi gereken husus, kanun koyucunun, işverenin yetkilendirildiği işçisi ifadesi yerine, çalışanı ifadesini kullanmış olmasıdır. İş Kanunu'na baktığımızda, işveren ve işçinin tanımlandığı görülmekle birlikte, herhangi bir çalışan tanımına yer verilmemiştir. İş Kanunu'nda işçi, işveren ve iş sözleşmesi gibi kavramların kullanıldığı görülmektedir<sup>24</sup>. Buna mukabil 6331 Sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu'nda çalışan kavramının tanımlandığı görülmektedir. Söz konusu Kanunun m. 3/1-b hükmünde çalışan; "*Kendi özel kanunlarındaki statülerine bakılmaksızın kamu veya özel işyerlerinde istihdam edilen gerçek kişi*" ifade eder şeklinde tanımlanmıştır. Dolayısıyla bu kanuna göre, sadece İş Kanunu'na tabi işçiler değil, kamu görevlileri, memurlar, çıraklar ve stajyerler, çalışan olarak kabul edilmektedir<sup>25</sup>. Görüldüğü üzere çalışan sayılanların kapsamı, işçiye göre oldukça geniştir<sup>26</sup>.

<sup>21</sup> Bu uyuşmazlıklar hakkında bkz. Ekmekçi vd., *Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk*, 212 vd.

<sup>22</sup> Ekmekçi vd., *Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk*, s. 212 vd.; Çiçek, *İş Hukukunda Zorunlu Arabuluculuk*, s. 101-102.

<sup>23</sup> Aynı yönde, İbrahim Arık, "*İşçi ve İşveren İlişkilerinde Dava Şartı Olarak Arabuluculuk Kurumu Sorunlar Ve Çözüm Yolları*", Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, *Antalya Bilim Üniversitesi Lisansüstü Eğitim Enstitüsü*, 2021, s. 103.

<sup>24</sup> Bu kavramlar hakkında ayrıntı için bkz. Ekmekçi ve Yiğit, *Bireysel İş Hukuku Dersleri*, s. 34 vd.; Senyen Kaplan, *Bireysel İş Hukuku*, s. 77 vd.; Süzek, *İş Hukuku*, s. 133 vd.; Çelik, Caniklioğlu ve Canbolat, *İş Hukuku Dersleri*, s. 85 vd.; Mollamahmutoğlu, Astarlı ve Baysal, *İş Hukuku Ders Kitabı*, s. 33 vd.

<sup>25</sup> Süzek, *İş Hukuku*, s. 882 vd.; Erdem Özdemir, *İş Sağlığı ve Güvenliği Hukuku*, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2014, s. 106 vd.; Mollamahmutoğlu, Astarlı ve Baysal, *İş Hukuku Ders Kitabı*, s. 33 vd.

<sup>26</sup> Süzek, *İş Hukuku*, s. 883; Çelik, Caniklioğlu ve Canbolat, *İş Hukuku Dersleri*, s. 375; Senyen Kaplan, *Bireysel İş Hukuku*, s. 592.

İş Kanunu'nun m. 2/1 hükmüne göre; “Bir iş sözleşmesine dayanarak çalışan gerçek kişiye işçi, işçi çalıştıran gerçek veya tüzel kişiye yahut tüzel kişiliği olmayan kurum ve kuruluşlara işveren, işçi ile işveren arasında kurulan ilişkiye iş ilişkisi denir”. Kanaatimizce İMK m. 3/18’de yer verilen çalışan ifadesini, İş Kanunu bağlamında çalışan, yani işçi olarak değerlendirmek gerekir. Ancak kanun koyucu çalışan ifadesini tercih ettiğine göre bunun da bir anlamı olmalıdır. Gerekçede herhangi bir açıklamaya yer verilmemiştir. Ancak biz, İMK m. 3/18’de geçen çalışan ifadesinin, İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu’nda tanımlanan kadar geniş anlaşılacağı, oradaki çalışan kavramının doğrudan arabuluculuğa aktarılamayacağı kanaatindeyiz. Bu bağlamda örneğin adı geçen kanuna göre çalışan sayılan stajyer ya da çırağın, İMK m. 3/18 hükmüne göre arabuluculuk görüşmelerinde yetkilendirilen çalışan kapsamına girmeyeceğini düşünüyoruz. Kanun koyucunun az önce anılan hükümde çalışan ifadesinin kullanmasının bir nedeninin de özellikle kamu kurumlarında çalışanlar ile tüzel kişi işverenlerin çalışanlarını kapsama almak düşüncesi olduğu söylenebilir. Bu anlamda tüzel kişi işverenin bir özel hukuk tüzel kişisi (şirket, dernek gibi) veya kamu hukuku tüzel kişisi (üniversite, belediye gibi) olması mümkündür. Tüzel kişiliği olmayan kurum ve kuruluşların da işveren olabileceği öngörüldüğünden, işçi çalıştıran tüzel kişiliği olmayan, örneğin bakanlıklar gibi kamu kurumları da işveren sıfatıyla arabuluculuk sürecinde yer alabileceklerdir. Ancak bu kurumların temsiline ilişkin olarak zaten kanunda hüküm bulunmaktadır. Şöyle ki HUAK m. 15/8 hükmünde arabuluculuk görüşmelerinin taraflarından birinin kamu kurumu olması halinde (ki bu durum kanunda “idarenin temsili” olarak ifade edilmiştir), bunların bir komisyon tarafından temsil edileceği zaten açıkça ifade edilmiştir<sup>27</sup>. Bu nedenle, İMK m. 3/18 hükmü anlamında çalışanın, bir kamu görevlisi olarak anlaşılması da mümkün değildir. Zira işverenin bir kamu kurumu olması halinde, bu kurumun/idarenin<sup>28</sup> bir komisyon tarafından temsil edileceği açıkça ifade edildiğinden, bu komisyon dışında münhasıran bir çalışana yetki verilmesi mümkün olmayacaktır. Bu tereddütleri gidermek için kanun koyucunun hükmün gerekçesinde çalışan kavramıyla neyi kastettiğini açıklanması oldukça yararlı olurdu.

Doktrinde, İMK m. 3/18’de işverenin çalışanından söz edilmesi nedeniyle, bu çalışanın, sigortalı herhangi bir çalışan olabileceği ifade edilmiştir<sup>29</sup>. Zira her ne kadar işçi sıfatı sigortalılık ile ilişkili olmasa da belgelendirilebilmesi ve kontrol edilebilmesi bakımından önem taşımaktadır. Temsilen katılan kişinin işveren vekili olması şeklinde bir şart da aranmamıştır. Dolayısıyla, çalışanın işverenle akdi bir ilişki içinde ve ona bağlı olarak çalışması gerekmektedir. Uygulamada, işveren tarafından süreci uzatmak ve sabote etmek için karar alma yetkisi olmayan, pasif çalışanların görevlendirildiği de sıklıkla görülmektedir. Bunun yanında, arabuluculuk görüşmelerine katılacak kişiler arasında yer almamalarına rağmen işverence mali müşavir veya muhasebecinin de görevlendirildiği ve arabuluculuk görüşmelerine katıldıkları bilinmektedir. O halde iş uyuşmazlıklarını konu edinen görüşmelerde işveren ile akdi bir ilişki içinde ve ona bağlı olan çalışanın işvereni temsil edebileceği kabul edilmelidir. Kanaatimizce İMK m. 3/18 anlamında

<sup>27</sup> Nitekim HUAK m. 15/8 hükmüne göre “Arabuluculuk müzakerelerinde idareyi, üst yönetici tarafından belirlenen iki üye ile hukuk birimi amiri veya onun belirleyeceği bir avukat ya da hukuk müşavirinden oluşan komisyon temsil eder”.

<sup>28</sup> Bu anlamda idareden ne anlaşılması gerektiği HUAK m. 2/1-e hükmünde “İdare: 10/12/2003 tarihli ve 5018 sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanununa ekli (I), (II), (III) ve (IV) sayılı cetvellerde yer alan idare ve kurumlar ile 5018 sayılı Kanunda tanımlanan mahalli idareler ve bu idareler tarafından kurulan işletmeleri, özel kanunla kurulmuş diğer kamu kurum, kurul, üst kurul ve kuruluşları, kamu iktisadi teşebbüsleri ile bunların bağlı ortaklıkları, müessese ve işletmelerini, sermayesinin yüzde ellisinden fazlası kamuya ait diğer ortaklıkları” şeklinde tanımlanmıştır.

<sup>29</sup> Aynı yönde, Çelik, Caniklioğlu ve Canbolat, *İş Hukuku Dersleri*, s. 79 dn. 284.

çalışanın, ancak İş Kanunu bağlamında işverenin sigortalı olarak çalışan bir işçisi olabileceğini kabul etmek uygun olacaktır. Bu bağlamda örneğin işveren ile mali müşavir ya da muhasebeci arasında, işçi-işveren arasındaki gibi akdi bir ilişkinin yanında iş sözleşmesini diğer iş görme sözleşmelerinden ayıran bağımlılık ilişkisi bulunmadığından, mali müşavir ve muhasebecilerin arabuluculuk görüşmelerine katılmayacağı kanaatindeyiz<sup>30</sup>. Uygulamada arabulucuların, yerinde olarak, görüşmelere katılan kişinin işverenin çalışanı olup olmadığını tespit etmek için, çalışanın hizmet dökümü ile işverene ait imza sirkülerini talep ettiği görülmektedir.

### C. İŞVEREN ÇALIŞANINI YAZILI BELGEYLE YETKİLENDİRMİŞ OLMALIDIR

Öncelikle çalışanın yetkilendirilmesine ilişkin belgenin, arabuluculuğa tabi uyuşmazlığın tarafı olan ve işveren sıfatına sahip olan bir kimse tarafından düzenlenmiş olması gerekir. Özellikle tüzel kişi işverenlerin söz konusu olduğu hallerde, çalışana verilecek yetki belgesi, bu konuda yetkilendirme hak ve yetkisine sahip kimseler tarafından düzenlenmelidir. İş Kanunu m. 2/1 hükmüne göre “İşçi çalıştıran gerçek veya tüzel kişiye yahut tüzel kişiliği olmayan kurum ve kuruluşlara işveren” denir<sup>31</sup>. Yetkilendirme, bu hükümde tanımlanan anlamda bir işveren tarafından yapılmalıdır. O halde, yetki belgesini düzenleyen İş Kanunu anlamında işveren sıfatına sahip değilse, arabuluculuk görüşmelerinde kendisini temsil etmek üzere başkasını yetkilendiremez. Ayrıca yetki belgesini düzenleyen işveren, ancak kendi çalışanını yetkilendirebilir. Ya da yetkilendirilen çalışan kendi işvereni tarafından yetkilendirilebilir. Başka bir işverenin düzenlediği yetki belgesiyle görüşmelere katılmak mümkün değildir. Bu bağlamda örneğin alt işverenin çalışanın yetkilendirildiği durumlarda, asıl işverenin bu yetkiyi vermesi mümkün olmayacaktır. Çünkü her ne kadar asıl işveren alt işverenle birlikte çalışana karşı müteselsilen sorumlu<sup>32</sup> ise de (İş K. m. 2/6) çalışan, asıl işverenin değil, alt işverenin çalışanıdır<sup>33</sup>. İşverenin yetkilendirdiği çalışanın hali hazırda bu sıfatını sürdürmesi gerekir. Örneğin işveren, iş akdini feshettiği bir çalışanını ya da eski çalışanlarından birini arabuluculuk görüşmeleri için yetkilendiremez. İşverenin yetkilendirdiği tarihte haiz olunan çalışan sıfatının, arabuluculuk görüşmeleri devam ederken sona ermesi halinde, artık bu çalışanın işvereni temsil edemeyeceği kanaatindeyiz. Böyle bir durumda ya işverenin kendisi ya da vekâletnamesinde bu konuda özel yetki verdiği avukatı görüşmelere katılmalıdır.

İMK m. 3/18 hükmünde, işverenin ancak yazılı belgeyle yetkilendirdiği çalışanın kendisini temsil edebileceği açıkça ifade edilmiştir. Hükümden de anlaşılacağı üzere, işverenin çalışanın sözlü olarak yetkilendirmesi ve bu şekilde yetkilendirildiği iddia edilen çalışanın da görüşmelerde işvereni temsil etmesi mümkün değildir. Hükümün gerekçesinde herhangi bir ifade yer almamakla birlikte bu düzenlemenin, çalışanın işvereni temsil edip edemeyeceği

<sup>30</sup> Aynı yönde, Çelik, Caniklioğlu ve Canbolat, *İş Hukuku Dersleri*, s. 79 dn. 284; Arık, *İşçi ve İşveren İlişkilerinde Dava Şartı Olarak Arabuluculuk Kurumu Sorunlar ve Çözüm Yolları*, s. 104.

<sup>31</sup> Bu konuda ayrıntı için bkz. Süzek, *İş Hukuku*, s. 142 vd.; Çelik, Caniklioğlu ve Canbolat, *İş Hukuku Dersleri* s. 95 vd.; Ekmekçi ve Yiğit, *Bireysel İş Hukuku Dersleri*, s. 36 vd.; Mollamahmutoglu, Astarlı ve Baysal, *İş Hukuku Ders Kitabı*, s. 39 vd.; Senyen Kaplan, *Bireysel İş Hukuku*, s. 84 vd.

<sup>32</sup> Bkz. Çelik, Caniklioğlu ve Canbolat, *İş Hukuku Dersleri*, s. 118 vd.; Süzek, *İş Hukuku*, s. 165 vd.; Senyen Kaplan, *Bireysel İş Hukuku*, s. 93; Ekmekçi ve Yiğit, *Bireysel İş Hukuku Dersleri*, s. 159 vd.; Mollamahmutoglu, Astarlı ve Baysal, *İş Hukuku Ders Kitabı*, s. 48.

<sup>33</sup> Süzek, *İş Hukuku*, s. 164-165; Çelik, Caniklioğlu ve Canbolat, *İş Hukuku Dersleri*, s. 104 vd.; Senyen Kaplan, *Bireysel İş Hukuku*, s. 89 vd.

hususunda herhangi bir tereddüt ve ispat sorunu yaşanmaması bakımından yerinde olduğu söylenebilir. Çalışanın en geç ilk oturumda işverenin kendisini yetkilendirdiğine dair belgenin aslını arabulucuya sunması gerekir. Aksi takdirde, işverenin ilk oturuma mazeretsiz olarak katılmama durumu ortaya çıkabilecektir<sup>34</sup>. İMK m. 3/18’de işverenin, çalışanını sadece yazılı belgeyle yetkilendirmesinden söz edilmiştir. Buna karşılık HUAKY m. 25/1’de işverenin adi veya resmi yazılı belgeyle yetkilendirdiği çalışanından söz edilmektedir. O halde yazılılık şartının adi ya da resmi bir belgeyle yerine getirilmesi yeterli olacaktır. Bu anlamda işveren çalışanını kendi düzenlediği adi yazılı belgeyle veya örneğin noterde düzenlenmiş resmî belgeyle yetkilendirebilecektir. Hükümde dikkati çeken nokta, kanun koyucunun “yazılı şekilde” biçiminde bir ifade yerine “yazılı belgeyle” yetkilendirmeden söz etmesidir. Kanaatimizce kanun koyucu bu ibareyi herhangi bir tereddüt yaşanmaması için kullanmış olabilir. Zira belge, örneğin HMK m. 199’daki tanımdan da anlaşılacağı üzere<sup>35</sup>, her durumda yazılı bir nitelik taşıyabilir. Dolayısıyla işverenin yazılılık şartını HMK m. 199’da belirtilen belgelerden herhangi biriyle yerine getirmesi mümkün olmayıp, belgenin mutlaka yazılı bir nitelik taşıması gerekir. Örneğin işveren, çalışanını, sadece onun cep telefonuna göndereceği bir SMS ya da bir E-Posta ile de yetkilendiremez.

İşverenin çalışanını kendisini temsil etmek üzere yetkilendirdiği yazılı belgeden, çalışanın yetkilendirildiği hususundaki iradenin açıkça anlaşılması, bu konuda herhangi bir tereddütün bulunmaması gerekir. Çalışanın sunduğu yetki belgesinde bir tereddüt yaşanması halinde, arabulucunun, bu belgenin işveren tarafından gecikmeksizin düzenlenmesinin ve kendisine yeniden sunulmasının mümkün olduğu hallerde, görüşmelere kısa bir ara vererek sonrasında devam edebilmesi gerekir. Ancak kısa sürede (örneğin ilk toplantıda) söz konusu yetki belgesinin yenisinin ibrazı mümkün değilse, arabulucu belgenin sunulabilmesi için görüşmeleri başka bir güne erteleyebilmelidir.

Burada irdelenmesi gereken bir husus da İMK m. 3/18 ve HAUKY m. 25/1’de aranan yazılı şekil şartının ispat şartı mı yoksa geçerlilik şartı mı olduğudur. TBK m. 12 hükmüne göre “sözleşmelerin geçerliliği kanunda aksi öngörülmedikçe hiçbir şekle bağlı değildir. Kanunda sözleşmeler için öngörülen şekil kural olarak geçerlilik şeklidir. Öngörülen şekle uyulmadan kurulan sözleşmeler hüküm doğurmaz”. Hükümden de anlaşılacağı üzere kanunda bir sözleşme için şekil öngörülmüşse bu şekil kural olarak geçerlilik şeklidir. TBK’na baktığımızda temsil yetkisi verilmesinin kural olarak bir geçerlilik şekline bağlı olmadığı görülmektedir. Dolayısıyla hukuksal işlemlerin geçerlilik şekline tabi olmadığına ilişkin TBK m. 12 hükmündeki genel kural temsil yetkisinin verilmesine ilişkin hukuksal işlemler için de geçerlidir<sup>36</sup>. Bu hükümler dikkate alındığında kanaatimizce kanun koyucunun İMK m. 3/18 hükmünde aradığı

<sup>34</sup> Böyle bir ihtimal nedeniyle arabuluculuk faaliyetinin sona ermesi halinde, daha sonra dava açıldığında işveren tamamen ya da kısmen haklı çıksa bile yargılama giderlerinden sorumlu olacağı gibi kendisi lehine vekâlet ücretine de hükmedilmeyecektir (HUAK m. 18/A-11; İMK m. 3/12).

<sup>35</sup> Zira bu hükme göre, fotoğraf, film, görüntü ve ses kaydı gibi veriler de belge sayılmaktadır. İşverenin çalışanını bu nitelikte bir belgeyle yetkilendirmesi mümkün olmayacaktır.

<sup>36</sup> Ahmet Kılıçoğlu, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Ankara: Turhan Kitabevi, 2014, s. 238.; Pierre Tercier, Pascal Pichonnaz ve Murat Develioğlu, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2016, s. 130; Fikret Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Ankara: Yetkin Yayınları, 2019, s. 492; Mustafa Alper Gümüş, *Borçlar Hukukunun Genel Hükümleri*, Ankara: Yetkin Yayınları, 2021, s. 492.

yazılı şekil, sadece bir ispat şartı değil, geçerlilik şartıdır. Çünkü kural olarak temsil yetkisinin verilmesi herhangi bir geçerlilik şartına tabi değil ise de İMK m. 3/18 hükmünde, işverenin, çalışanına ancak yazılı belgeyle temsil yetkisi verebileceği hüküm altına alınmıştır. Diğer bir deyişle bu husus kanunda açıkça ve özel olarak düzenlenmiştir. Kanunun hukuki işlemler için öngördüğü şekil kural olarak geçerlilik şekli olduğuna göre (TBK m. 12/2), burada özel olarak öngörülen şeklin de geçerlilik şekli olduğunu kabul etmek gerekir. Ancak burada adi yazılı şekil yeterli olup, mutlaka resmi şekil şart değildir (HUAKY m. 25/1).

Dolayısıyla, işverenin yazılı belgeyle yetkilendirmediği çalışanın, arabuluculuk görüşmelerinde işvereni temsil etmesi mümkün değildir. Arabulucu, çalışanın işveren tarafından yetkilendirildiğine dair sadece sözlü bir beyanına göre, görüşmeleri işvereni temsilen bu kişi huzuruyla yürütemez ve sonuca bağlayamaz. Esasen çalışanın, işvereni temsil etmeye yazılı olarak yetkilendirildiğini gösteren belgeyi arabulucuya sunmadan görüşmelere katılması ve işvereni temsil etmesi nadir olarak karşılaşılabilecek bir durumdur. Çünkü arabulucu böyle bir durumda işverenin yetki belgesini isteyecek, bunu kontrol edecek ve yetkisiz bir kişinin görüşmelere katılmasına izin vermeyecektir. Burada önemli olan husus, işverenin çalışanın yetkilendirmediği hallerde, işverenin çalışanı olduğunu iddia eden bir kişi huzuruyla yapılan arabuluculuk görüşmelerinin akibetinin ne olacağıdır. Kanaatimizce, çalışanın, yetkilendirilmediği halde, işveren adına bir başvuru yaparak sürece katılması halinde, yürütülen görüşmelere geçerlilik tanınmaması, dava şartı arabuluculuk sürecinin ya işveren ya da gerçekten yetkili çalışan huzuruyla yeniden işletilmesi gerekir. Ancak arabuluculuk sürecine işçinin başvurduğu ve işverenin karşı tarafı teşkil ettiği hallerde, çalışan yazılı belgeyle yetkilendirilmediği halde görüşmelere katılır ve süreç anlaşamama son tutanağı ile sona ererse, yürütülen görüşmelere geçerlilik tanınması, ancak işverenin de görüşmelere katılmamış sayılması gerektiği söylenebilir. Yürütülen süreç sonunda bir anlaşmaya varılmış ve eğer çalışan anlaşmayı imzalamışsa, bu halde de yetkisiz temsile ilişkin sonuçların doğması gerektiği kabul edilebilir.

Öte yandan, acaba işverenin görüşmelerde kendisini temsil etmek üzere birden fazla çalışanın yetkilendirmesi mümkün olabilecek midir? Hayatın olağan akışı gereği işverenin kendisini temsil etmesi amacıyla sadece bir çalışanın yetkilendirmesi yeterli olacaktır. Nitekim İMK m. 3/18 hükmünün lafzında “çalışanları” şeklinde çoğul değil “çalışanı” şeklinde tekil bir ifadeye yer verilmiştir. Kaldı ki birden fazla çalışanın görüşmelere katılması halinde bunlar arasında fikir ayrılığı olabileceği için görüşmelerin anlaşmayla sonuçlanması ihtimali de azalabilir. Ancak kanunda birden fazla çalışanın yetkilendirilmesi hususunda açık bir yasak olmadığı için, işverenin birden fazla çalışanın yetkilendirmesinin mümkün olması gerekir. Ayrıca kanun koyucu, çalışanın yazılı belgeyle yetkilendirilmesini yeterli görmüştür. Hükmün lafzına bakıldığında, herhangi bir çalışanın yetkilendirilmesinin mümkün olduğu anlaşılmaktadır. Bu bağlamda örneğin, söz konusu çalışanın, mutlaka karşı taraf işçinin çalıştığı işyerinde görevli olması şart değildir. İşverenin çalışanı, karşı taraf işçi ile aynı işyerinde çalışıyor olabileceği gibi işverene ait başka bir işyerinde de çalışıyor olabilir.

Çalışanına yazılı belgeye dayalı olarak temsil yetkisi veren işverenin, tam hukuki işlem ehliyetine sahip olması gerekir<sup>37</sup>. Buna karşılık kendisine temsil yetkisi verilenin (burada çalışanın) hukuki işlem ehliyetine sahip olmasının şart olmadığı, ayırt etme gücüne sahip olmasının yeterli olduğu kabul edilmektedir<sup>38</sup>.

#### IV. YETKİLENDİRİLEN ÇALIŞANIN, İŞVERENİ TEMSİL ETMESİNİN NİTELİĞİ

Kanun koyucu, işverenin yazılı belgeyle yetkilendirdiği çalışanın işvereni temsil edebileceğini düzenlemekle yetinmiş, temsil yetkisinin niteliği hakkında bir düzenleme yapmamıştır. Bu nedenle, söz konusu temsilin niteliğinin genel hükümlere yani Türk Borçlar Kanunu hükümlerine göre belirlenmesi gerekir.

Bir kimsenin hüküm ve sonuçları başka bir kişinin hukuk alanında doğmak üzere o kişinin ad ve hesabına hukuki işlem yapma yetkisine temsil denir<sup>39</sup>. Doktrinde temsil, kaynağı bakımından, yasal temsil-hukuki işleme dayanan temsil şeklinde bir ayrıma tabi tutulmaktadır<sup>40</sup>. Temsil yetkisinin, yasadan kaynaklandığı hallerde, yasal temsil söz konusudur. Bu halde temsil yetkisi temsil olunanın iradesinden kaynaklanmamaktadır. Örneğin, velinin velayeti altındaki küçüğü temsil etmesinde durum böyledir. Hukuki işleme dayanan temsilde ise temsil yetkisi, temsil olunan kişinin iradesinden doğar. Bu nedenle bu temsil türüne iradi temsil de denir. Borçlar Kanunumuzun düzenlediği (TBK m. 40 vd.) temsil de esasen hukuki işleme dayanan temsildir<sup>41</sup>.

Bu açıklamalara göre, İMK m. 3/18 hükmüyle çalışanın arabuluculuk görüşmelerinde işvereni temsil etmesi halinde, temsil yetkisinin yasadan değil, temsil olunanın, yani işverenin iradesinden kaynaklandığı rahatlıkla söylenebilir. Çünkü, adı geçen hükme göre çalışanın işvereni temsil edebilmesi için, işverenin onu bu konuda yazılı belgeyle yetkilendirmesi gerekir.

Temsil diğer bir açıdan, dolaylı temsil-doğrudan doğruya temsil şeklinde bir tasnife tabi tutulmaktadır<sup>42</sup>. Dolaylı temsilde, temsilci kendi adına ve fakat temsil olunan hesabına hareket etmektedir. Buna göre dolaylı temsilde iki hukuki işlem söz konusudur. Birinci aşamada, temsilci üçüncü kişiyle kendi adına fakat temsil olunan hesabına bir işlem yapar. Daha sonra, bu

<sup>37</sup> Kocayusufpaşaoğlu vd., *Borçlar Hukukuna Giriş Hukuki İşlem Sözleşme*, İstanbul: Filiz Kitabevi, 2008, s. 653; Kılıçoğlu, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s. 237; Gümüş, *Borçlar Hukukunun Genel Hükümleri*, s. 493; Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s. 492.

<sup>38</sup> Kılıçoğlu, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s. 237; Kocayusufpaşaoğlu vd., *Borçlar Hukukuna Giriş Hukuki İşlem Sözleşme*, s. 654. Aksi görüşte, Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s. 493.

<sup>39</sup> Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s. 477; Gümüş, *Borçlar Hukukunun Genel Hükümleri*, s. 376.

<sup>40</sup> Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s. 480 vd.; Kılıçoğlu, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s. 234; Gümüş, *Borçlar Hukukunun Genel Hükümleri*, s. 380 vd.; Andreas Furrer, Markus Müller Chen ve Blgehan Çetiner, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2021, s. 260 vd.; Kocayusufpaşaoğlu vd., *Borçlar Hukukuna Giriş Hukuki İşlem Sözleşme*, s. 627 vd.

<sup>41</sup> Kılıçoğlu, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s. 234; Kocayusufpaşaoğlu vd., *Borçlar Hukukuna Giriş Hukuki İşlem Sözleşme*, s. 627-628; Gümüş, *Borçlar Hukukunun Genel Hükümleri*, s. 380; Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s. 484; Furrer, Müller Chen ve Çetiner, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s. 249.

<sup>42</sup> Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s. 480; Kılıçoğlu, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s. 235; Kocayusufpaşaoğlu vd., s. 630 vd.; Gümüş, *Borçlar Hukukunun Genel Hükümleri*, s. 381.



işlemin sonuçlarının temsil olunana devir işlemi yapılır<sup>43</sup>. Doğrudan doğruya temsilde ise temsilci hiçbir zaman üçüncü kişiyle yapılan hukuki işlemin tarafı olmaz. Temsilci kendi adına ve temsil olunan hesabına değil, doğrudan doğruya temsil olunanın adına ve hesabına hareket eder. Dolayısıyla burada iki aşama ve iki işlem söz konusu değildir<sup>44</sup>. Dolaylı temsil istisnai bir temsil türüdür. Borçlar Kanunumuz da dolaylı temsili değil, doğrudan doğruya temsil hükümlerini esas almıştır<sup>45</sup>.

Yapılan açıklamalara göre, İMK m. 3/18 hükmü çerçevesinde işverenin çalışanını yetkilendirmesi halinde, doğrudan temsil söz konusu olacaktır. Zira, çalışanın işvereni arabuluculuk görüşmelerinde temsil edebilmesi, işverenin iradesinden kaynaklanmaktadır. Ayrıca görüşmelerde işvereni temsil eden çalışan, doğrudan doğruya kendisini yetkilendiren işveren adına ve hesabına hareket etmektedir. Çalışanın karşı tarafla yapacağı işlemlerde kendisi hiçbir zaman taraf olmayacaktır. Çalışanın yetki sınırları içinde ve geçerlilik koşullarına uygun olarak yaptığı işlemlerin hüküm ve sonuçları temsil olunanın şahsında doğacaktır. Temsilci olarak çalışanın yaptığı sözleşmeden doğan haklar ve borçlar temsil olunan işverene aittir. Temsilci olarak çalışanın yaptığı sözleşmeye üçüncü kişinin (karşı taraf kişinin) aykırı davranması halinde, hukuksal yollara başvurma hakkı temsil olunan işverene ait olacaktır<sup>46</sup>.

Nihayet temsil yetkisinin verilmesi hukuki niteliği itibarıyla tek taraflı bir hukuksal işlemdir<sup>47</sup>. Bu nedenle, temsil olunan kişinin bu konudaki iradesini açıklaması yeterlidir. Temsilcinin kabul iradesi, istenilen bu sonucun meydana gelmesi için gerekli değildir. Ancak bu, temsilcinin kendisine verilen yetkiyi kabul etmek ve bunu kullanmak zorunda olduğu anlamına gelmemektedir. Dolayısıyla temsilci geçerli olarak verilen yetkiyi kullandığı takdirde temsilden söz edilebilecektir. Temsilci bu yetkiyi kabul etmez ve kullanmayı reddederse, temsil söz konusu olmayacaktır<sup>48</sup>. Bu son söylenen hususlar, işverenin kendisine temsil yetkisi vermek istediği çalışanın bakımından da aynen geçerli olacaktır.

#### IV. ÇALIŞANIN TEMSİL YETKİSİNİN KAPSAMI

Borçlar Kanunumuzun 41 inci maddesine göre, temsil hukuksal bir işlemde doğmuşsa, temsil yetkisinin içeriği ve kapsamı o hukuksal işleme göre belirlenir. Hukuksal bir işlemde doğan temsil yetkisinin kapsamını, temsil olunan dilediği gibi belirleyebilir. Temsil olunan kişi

<sup>43</sup> Ayrıntı için bkz. Cevdet Yavuz, *Türk-İsviçre ve Fransız Medeni Hukuklarında Dolaylı Temsil*, İstanbul: 1983, Fakülte-ler Matbaası, s. 23 vd.

<sup>44</sup> Kılıçoğlu, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s. 235; Gümüş, *Borçlar Hukukunun Genel Hükümleri*, s. 381; Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 481.

<sup>45</sup> Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 481; Gümüş, *Borçlar Hukukunun Genel Hükümleri*, s. 381; Kılıçoğlu, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s. 235.

<sup>46</sup> Doğrudan doğruya temsilin bu sonuçları hakkında bkz. Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 481; Gümüş, *Borçlar Hukukunun Genel Hükümleri*, s. 381; Kılıçoğlu, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s. 236 vd.; Kocayusufpaşaoğlu vd., *Borçlar Hukukuna Giriş Hukuki İşlem Sözleşme*, s. 635 vd.; Furrer, Müller Chen ve Çetiner, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s. 253 vd.; Kemal Oğuzman ve Turgut Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt 1*, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2013, s. 224 vd.

<sup>47</sup> Tercier, Pichonnaz ve Develioğlu, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s. 130; Kocayusufpaşaoğlu vd.; *Borçlar Hukukuna Giriş Hukuki İşlem Sözleşme*, s. 635; Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s. 490.

<sup>48</sup> Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s. 489; Kılıçoğlu, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s. 236; Oğuzman ve Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler C 1*, s. 227 vd.; Kocayusufpaşaoğlu vd., *Borçlar Hukukuna Giriş Hukuki İşlem Sözleşme*, s. 635 vd.; Gümüş, *Borçlar Hukukunun Genel Hükümleri*, s. 382 vd.



bu yetkileri sonradan geri alabilme ve sınırlandırma yetkisine de sahiptir. Hatta temsil olunanın bu hakkından önceden feragat etmesi de geçersizdir (TBK m. 42). Burada düşünülmesi gereken mesele, Borçlar Kanunumuzun bu düzenlemelerinin, arabuluculuk görüşmeleri için kendisine yetki verilen ve bu yetkiyle işvereni temsil etme hakkına sahip olan çalışan bakımından da geçerli olup olamayacağı, diğer bir deyişle bu genel hükümlerin arabuluculuk kurumunun mahiyetiyle bağdaşıp bağdaşmayacağıdır.

İMK m. 3/18 hükmünde bu konuda özel bir düzenleme yapılmadığı için, genel hükümler geçerli olacaktır. Dolayısıyla, işveren, kendisini arabuluculuk görüşmelerinde temsil eden çalışanın yetkisinin kapsam ve içeriğini belirleyebilmelidir. Bu bağlamda, temsil olunan işverenin, kendisini temsil eden çalışan yetkilerini, yer, miktar, süre, kişi ve konu bakımından sınırlaması mümkün olmalıdır<sup>49</sup>. Özellikle işveren, temsilci çalışanın müzakerelerde ileri süreceği asgari ve azami tekliflerin ne kadar olabileceği, direnç noktasının<sup>50</sup> ne olduğu gibi hususlarda yetkisini belirleyebilir. Esasen çalışan, işverenin kendisine verdiği yetkinin içerik ve kapsamına göre görüşmeleri ve müzakereleri yürütecektir.

Kanaatimizce burada, Borçlar Kanunumuzda yer alan genel hükümlerin arabuluculuk bakımından uygulanamayacağı, arabuluculuk kurumunun mahiyetiyle bağdaşmayacağı söylenebilir. Yani, işveren çalışanın arabuluculuk görüşmelerinde yetkilendirmişse, menfaat temelli bir uyuşmazlık çözüm yöntemi olan<sup>51</sup> arabuluculukta, temsilcinin yetkilerinin sınırlandırılmasının mümkün olamayacağı şeklinde bir düşünce doğru olmayacaktır. Çünkü sonuçta, çalışanın yaptığı işlemlerden doğan hak ve borçlar işverene ait olacaktır. Belki çalışana, işvereni görüşmelerde temsil etme yetkisi veren yazılı belgede, temsil yetkisinin kapsamı ayrıntılı olarak belirlenmemiş olabilir<sup>52</sup>. Ancak işveren ile çalışan arasında yetkilerin kapsamının ne olacağı hususunda sözlü bir anlaşma ya da ayrı bir yazılı anlaşma yapılmış olması kuvvetle muhtemeldir. Arabuluculuk görüşmelerine ve müzakerelere katılan çalışana, işveren tarafından belirli talimatların verilmemesi ya da temsil yetkisinin sınırlarının belirlenmemesi pek karşılaşılabilecek

<sup>49</sup> Temsilciye verilen genel yetkinin sınırlandırılmasına ilişkin olan konular hakkında bkz. Kılıçoğlu, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s. 242; Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s. 496 vd.; Kocayusufoğlu, *Borçlar Hukukuna Giriş Hukuki İşlem Sözleşme*, s. 654 vd.; Gümüş, *Borçlar Hukukunun Genel Hükümleri*, s. 391 vd.

<sup>50</sup> “Direnç noktası”, tarafların en kötü anlaşma şartlarını ifade eder. Örneğin haksız fiilden doğan bir tazminat talebinde, zarar gören 50.000 liranın altında bir teklifi kabul etmeyecekse bu miktar onun direnç noktasıdır. Zarar veren ise 60.000 liranın üzerinde bir miktar ödemeyi kabul etmeyecekse bu da onun direnç noktasıdır. İki tarafın direnç noktaları arasındaki bölge ise “anlaşma aralığı”dır. Anlaşma nu aralıkta (yani 50.000 – 60.000 arasında) gerçekleşecektir. Bkz. Kekeç, *Arabuluculuk Yoluyla Uyuşmazlık Çözümünde Temel Aşamalar ve Taktikler*, s. 308 vd.

<sup>51</sup> Bkz. Kekeç, *Arabuluculuk Yoluyla Uyuşmazlık Çözümünde Temel Aşamalar ve Taktikler*, s. 26 vd.; Ekmekçi vd., *Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk*, s. 6 vd.; Tanrıver, *Hukuk Uyuşmazlıkları Bağlamında Arabuluculuk*, s. 29; Çiğdem Yazıcı Tıktık, *Arabuluculukta Gizliliğin Korunması*, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2013, s. 11 vd.; İldır, *Alternatif Uyuşmazlık Çözümü*, s. 24 vd.; Büyükkay, *Arabuluculuk Anlaşma Belgesi ve İcra Edilebilirlik Şerhi*, s. 32.

<sup>52</sup> Uygulamada temsil yetkisini içeren belge genellikle şu şekilde düzenlenmektedir. “Başvurucu X ile şirketimiz Y arasındaki dava şartı arabuluculuğa tabi olan uyuşmazlığın çözümü için Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu gereğince; arabuluculuk görüşmelerine ve toplantılarına katılmaya, beyanda bulunmaya, belge ve bilgi ibraz etmeye, teklif vermeye, teklifi kabul ve ret etmeye, oturum katılım tutanaklarını, bilgilendirme tutanaklarını ve son tutanağı, ücret sözleşmesini ve diğer sözleşmeleri, anlaşma/anlaşmama belgesini imzalamaya, imzadan imtina etmeye yukarıda ismi belirtilen çalışmamız Z İş Mahkemeleri Kanunu m. 3/18 uyarınca tarafımızca yetkilendirilmiştir”.

bir ihtimal değildir. Diğer bir deyişle, işverenin, çalışanını sınırsız bir şekilde yetkilendirerek kendisini arabuluculuk görüşmelerinde temsil ettirmesi mümkün ise de uygulamada bu durumla pek karşılaşılacağı söylenemez. Bununla birlikte işverenin, çalışanın yetkilerini aşırı bir şekilde kısıtlamaması, ona örneğin müzakereler neyi gerektiriyorsa o şekilde hareket edebileceği yönünde hareket alanı tanıyan bir yetki vermesi mümkündür. Bu tamamen temsil olunan işverenin iradesine bağlıdır. Çalışanın yetki sınırları belirlenmiş ise, belirlenen sınırları aşan çalışan, işverene karşı sorumlu olacaktır. Ancak işverenin burada yapabileceği en sağlıklı davranış, direnç noktası belirleyerek çalışanını yetkilendirmesi olacaktır.

Burada üzerinde durulması gereken bir husus da arabuluculuk görüşmeleri için işveren tarafından yetkilendirilen çalışanın yaptığı işlemlerde, yetkisiz temsilden (TBK m. 46) söz edilemeyeceğidir. Bilindiği üzere, temsil yetkisinin bulunmadığı ya da bulunmasına rağmen yetki sınırlarının aşıldığı hallerde, yetkisiz temsil söz konusu olur<sup>53</sup>. İMK m. 3/18 hükmü gereği çalışanın, ancak yazılı belgeyle yetkilendirilmesi halinde arabuluculuk görüşmelerine katılması mümkün olduğuna göre, temsil yetkisinin bulunmaması nedeniyle bir yetkisiz temsil halinin ortaya çıkması pek mümkün olmayacaktır. Olsa olsa çalışanın ancak sahte ya da başka bir arabuluculuk görüşmesi için düzenlenmiş bir yetki belgesiyle görüşmelere katılması halinde bu durumun istisnai olarak ortaya çıkmasının mümkün olduğu söylenebilir. Burada daha önemli olan ihtimal, yetkisiz temsilde temsilcisinin yetki sınırlarını aşmış olması halidir. Kanaatimizce arabuluculuk görüşmeleri anlaşmazlıkla sona ermişse işverenin çalışana bakımından bir yetki aşımından pek söz edilemez.

Buna karşılık, irdelenmesi gereken husus, arabuluculuk görüşmelerinin anlaşmayla sona ermesi halinde, çalışanın imzalamış<sup>54</sup> olduğu arabuluculuk anlaşma belgesi bakımından, yetki aşımı ve dolayısıyla bir yetkisiz temsil halinden söz etmenin mümkün olup olmayacağıdır. Çünkü arabuluculuk görüşmelerinde müzakerelerin konusunu sadece uyuşmazlık konusu teşkil etmeyebilir. Buradaki çözümler bir davaya oranla daha esnek ve daha geniştir. Taraflar karşılıklı olarak bazı tavizler vererek uyuşmazlık konusu bakımından anlaşmaya varabilirler ve verilen bu tavizler uyuşmazlık konusuyla ilgili de olmayabilir. Kısaca, arabuluculukta tarafların uyuşmazlığın sona ermesi için üretecekleri yaratıcı çözümler çok geniştir<sup>55</sup>. İşte bu nedenle, acaba işvereni temsil eden çalışanın, uyuşmazlığı sona erdirmek için müzakerelerde vermiş olduğu bazı tavizlerin, yaptığı bazı tekliflerin, onun yetki sınırlarının kapsamını aşmasından ve dolayısıyla yetkisiz temsile neden olmasından söz edilebilecek midir? Örneğin, işveren A ile işçi B arasında cereyan edecek bir dava şartı arabuluculuk sürecinde, A çalışana C'yi görüşmelerde

<sup>53</sup> Kılıçoğlu, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s. 253; Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 509 vd.; Gümüş, *Borçlar Hukukunun Genel Hükümleri*, s. 412 vd.; Kılıçoğlu, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s. 236 vd.; Kocayusufpaşaoğlu vd., *Borçlar Hukukuna Giriş Hukuki İşlem Sözleşme*, s. 719 vd.; Furrer, Müller Chen ve Çetiner, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s. 270 vd.; Oğuzman ve Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt 1*, s. 249 vd.

<sup>54</sup> Yukarıda da belirtildiği üzere, açıkça yetkilendirilmedikçe, kanaatimizce mevcut pozitif düzenlemelere göre, çalışanın anlaşma belgesini imzalayabilmesi mümkün gözükmemekte ise de işverenin ona açıkça bu yetkiyi vermiş olması halinde, çalışanın anlaşma belgesini imzalaması mümkün olacaktır.

<sup>55</sup> Bu konuda bkz. Tanrıver, *Hukuk Uyuşmazlıkları Bağlamında Arabuluculuk*, 29; İldır, *Alternatif Uyuşmazlık Çözümü*, s. 62; Büyükkay, *Arabuluculuk Anlaşma Belgesi ve İcra Edilebilirlik Şerhi*, s. 31; Kekeç, *Arabuluculuk Yoluyla Uyuşmazlık Çözümünde Temel Aşamalar ve Taktikler*, s. 92; Dür, *Arabuluculuk Faaliyeti ve Arabulucunun Hak ve Yükümlülükleri*, s. 25 vd.

kendisini temsil etmek üzere yetkilendirmişse, C'nin bu süreçteki yetkilerinin kapsamı ne olacaktır? Örneğin dava şartı arabuluculuğa tabi uyuşmazlık B'nin kıdem tazminatının ödenmemiş olduğu iddiası ise C, sadece B'ye ödenecek kıdem tazminatı miktarının ne olacağı hakkında mı yetki kullanabilecek, yoksa B'ye başka bir teklifte bulunarak (örneğin kıdem tazminatından vazgeç, senin çocuğunu işe alalım gibi) anlaşma yapabilecek midir? Yapabileceği kabul edilirse, C bakımından bir yetkisiz temsil söz konusu olacak mıdır?

Her ne kadar bu soruların, arabuluculuk kurumunun mahiyetiyle bağdaşmayacağı, görüşmelere katılan çalışan bakımından bu tarz sınırlamaların söz konusu olamayacağı düşünülebilir ise de işverenin, çalışanın yetkilerini belirleyebilmesine ya da kısıtlayabilmesine engel olacak bir hüküm bulunmamaktadır. Kanaatimizce bu soruların cevabının, öncelikle işverenin çalışana verdiği yetki belgesinin kapsamı ve içeriğine göre belirlenmesi gerekir. Örneğin işveren çalışana, B ile yürütülecek arabuluculuk görüşmelerinde “her türlü kararı almaya, teklifte bulunmaya, yapılan teklifleri kabul etmeye tam olarak yetkilidir” ifadesini içeren bir yetki belgesi vermişse, C'nin imzalayacağı anlaşma belgesi bakımından bir yetkisiz temsil halinden söz etmek pek mümkün olmamak gerekir. Buna karşılık çalışan, yetki belgesinde direnç noktası açıkça belirlenerek<sup>56</sup> bunu aşmayacak şekilde ve sadece bu konuda bir anlaşma yapmaya yetkili kılınmışsa, fakat bu sınırın üzerinde bir miktarda anlaşma sağlanmışsa, o zaman bir yetkisiz temsilden söz etmek mümkün olabilmelidir. Bu durumda da çalışanın imzalamış olduğu anlaşma, ancak temsil olunan işveren bakımından onandığı<sup>57</sup> takdirde kendisini bağlayacaktır (TBK m. 46/1). Eğer işveren, “B ile yürütülecek arabuluculuk görüşmelerinde beni temsil etmek üzere çalışanı C'ye yetki verdim” şeklinde, sınırları açıkça belirli olmayan bir yetki belgesi vermişse, bu takdirde, çalışanın, görüşmelerde her türlü kararı almaya yetkili olduğunu kabul etmek, menfaat temelli bir uyuşmazlık çözüm yöntemi olan arabuluculuk kurumunun ve sürecinin mahiyetine daha uyum olacaktır. Kaldı ki işverenin, çalışanın yetkilerine bir sınırlama getirmek istiyorsa, bunu yetki belgesinde açıkça belirtmesi gerekir. Aksi takdirde, arabuluculuk görüşmelerine gelen çalışanın bu süreçte kural olarak her türlü kararı almaya yetkili olduğunu kabul etmek gerekir.

<sup>56</sup> Örneğin B'ye verilecek kıdem tazminatı hiçbir surette yüz bin liradan fazla olamaz şeklinde.

<sup>57</sup> TBK m. 46/2 hükmüne göre “Yetkisiz temsilcinin kendisiyle işlem yaptığı diğer taraf, temsil olunandan, uygun bir süre içinde bu hukuki işlemi onayıp onamayacağını bildirmesini isteyebilir. Bu süre içinde işlemin onanması durumunda, diğer taraf bu işlemlerle ilgili olmaktan kurtulur”. Kanaatimizce bu hükmün, çalışanın yetkisini aşarak yapmış olduğu anlaşmalar bakımından da uygulanması mümkündür. Yine TBK m. 47/1 hükmüne göre “Temsil olunanın açık veya örtülü olarak hukuki işlemi onamaması hâlinde, bu işlemin geçersiz olmasından doğan zararın giderilmesi, yetkisiz temsilciden istenebilir”. Bu sorumluluğun doğabilmesi için gerekli koşullar hakkında bkz. Kılıçoğlu, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s. 255; Gümüş, *Borçlar Hukukunun Genel Hükümleri*, s. 415 vd.; Kocayusufpaşaoğlu vd., *Borçlar Hukukuna Giriş Hukuki İşlem Sözleşme*, s. 733 vd. Ancak, yetkisiz temsilci, işlemin yapıldığı sırada karşı tarafın, kendisinin yetkisiz olduğunu bildiğini veya bilmesi gerektiğini ispat ederse, kendisinden zararın giderilmesi istenemez”. Bu bağlamda örneğin işverenin çalışana verdiği yetki belgesi arabulucuya sunulacağına göre, diğer taraf da bu süreçte yetki belgesinin içeriğini öğrenmiş ise yetkisiz temsilci çalışandan zararın giderilmesini talep edememelidir.

## VI. ÇALIŞANIN TEMSİL YETKİSİ KAPSAMINDA ARABULUCULUK GÖRÜŞMELERİNDE YAPABİLECEĞİ İŞLEMLER

### A. GENEL OLARAK

Yukarıda da belirtildiği üzere İMK m. 3/18 hükmünde yer alan düzenleme öncelikle, arabuluculuk görüşmelerine işveren yerine, çalışanın da katılabilmesine olanak sağlamaktadır. Böylece işveren dava şartı arabuluculuk kapsamındaki bir uyuşmazlık için, çalışanın, görüşmelerde kendisini temsil etmek üzere yetkilendirme olanağına kavuşmuş bulunmaktadır. Kanunda bu şekilde bir düzenleme olmasaydı, işverenin görüşmelere ya kendisinin katılması ya da bu konuda özel yetki verdiği (HMK m. 74) bir avukatını göndermesi gerekecekti. İMK m. 3/18 hükmü, arabuluculuk sürecine kimlerin katılabileceğini, yani sürecin taraflarının ya da sürece katılabilecek kişilerin kimler olabileceğini<sup>58</sup> düzenleyen bir hüküm konumundadır. Nitekim adı geçen maddenin birinci cümlesinde “arabuluculuk görüşmelerine taraflar bizzat, kanuni temsilcileri veya avukatları aracılığıyla katılabilirler” şeklinde bir düzenleme yapılarak, bu hususa açıkça işaret edilmiştir.

İşverenin yazılı belgeyle yetkilendirdiği çalışanın arabuluculuk görüşmelerinde onu temsil etmesi her şeyden önce süreç boyunca yapılabilecek bütün işlemleri kural olarak yapabilme yetkisine sahip olduğu anlamına gelecektir. Bu bağlamda, çalışanın, görüşmelerde işvereni temsil edeceğine dair yazılı belgenin arabulucuya sunulması halinde, arabulucu, bundan sonra süreç boyunca yapacağı bütün işlemlerde artık işvereni değil, çalışanı muhatap alacaktır. Bu bağlamda yetkilendirilen çalışan, arabuluculuk toplantılarına (oturumlarına) katılma, teklif sunma, teklifi kabul etme, işveren adına konuşma, süreç boyunca tüm yazışmaları imzalayıp belge teslim alabilme, son tutanağı imzalayabilme gibi yetkileri kullanabilecektir<sup>59</sup>. Çalışanına kendisini temsil etme yetkisi veren işverenin, arabuluculuk sürecinde, çalışanın bazı yetkilerini kısıtlayamayacağı kanaatindeyiz. Bu bağlamda işveren örneğin, yetkilendirdiği çalışanın hiçbir şekilde sürece dâhil olamayacağı, görüşmelere katılmayacağı şeklinde bir kısıtlama yapamaz. Ayrıca yine kanaatimizce işverenin, çalışanın arabuluculuk sürecinin sadece belirli aşamalarında<sup>60</sup> (örneğin sadece başlangıç aşamasında) yetkilendirildiği şeklinde bir belirleme yapması da işin mahiyetiyle bağdaşmaz. Kuşkusuz temsil yetkisini haiz olan çalışan, süreci yürütürken özellikle müzakere ve sonuç aşamasında işverenin kendisine verdiği talimatları dikkate alacak, bu çerçevede hareket edecek, dolayısıyla temsil ettiği işverenin hak ve menfaatlerini korumaya özen gösterecektir. Ancak işverenin, çalışanın arabuluculuk görüşmelerinde yazılı belgeyle yetkilendirerek kendisini temsil etmesine olanak sağlaması, işverenin bizzat görüşmelere katılmasına ve bazı işlemleri yapmasına engel olmayacaktır. Nasıl ki bir davada vekil tarafından

<sup>58</sup> Bu konuda bkz. Ekmekçi vd., s. 59 vd.; Kekeç, *Arabuluculuk Yoluyla Uyuşmazlık Çözümünde Temel Aşamalar ve Taktikler*, s. 162 vd.

<sup>59</sup> Aynı yönde, Arık, *İşçi ve İşveren İlişkilerinde Dava Şartı Olarak Arabuluculuk Kurumu Sorunlar ve Çözüm Yolları*, s. 104.

<sup>60</sup> Arabuluculuğun temel aşamalarının, hazırlık, başlangıç, inceleme, müzakere ve sonuç aşamaları olduğu genellikle kabul edilmektedir. Bkz. Kekeç, *Arabuluculuk Yoluyla Uyuşmazlık Çözümünde Temel Aşamalar ve Taktikler*, s. 128 vd.; Dür, *Arabuluculuk Faaliyeti ve Arabulucunun Hak ve Yükümlülükleri*, s. 322 vd.; Taşpolat Tuğsavul, *Türk Hukukunda Arabuluculuk*, s. 177 vd.

yapılabilen işlemleri, davanın tarafı da yapabiliyorsa, arabuluculuk görüşmelerinde işvereni temsil eden çalışanın yapabileceği işlemleri, işveren de yapabilir. Örneğin işveren bazı arabuluculuk oturumlarına katılabilir, diğer tarafla müzakerelerde bulunabilir. Bunun için karşı tarafın ya da yetkilendirilen çalışanın rızasına ihtiyaç olmamak gerekir. Çünkü arabuluculuk görüşmelerine konu olan uyuşmazlığın tarafı bizzat işverendir.

İşveren tarafından yetkilendirilen çalışanın temsil yetkisi bağlamında ne gibi işlemleri yapabileceği hususunda kanunda ayrıntılı bir düzenleme yapılmamıştır. İMK m. 3/18'de sadece yetkilendirilen çalışanın görüşmelerde işvereni temsil edebileceği ve son tutanağı düzenleyebileceği ifade edilmiştir. Kanaatimizce hükümde çalışanın işvereni görüşmelerde temsil edebileceğine ilişkin ifade, örneğin süreç içinde sadece tek seferlik yapılan bir görüşmeyi veya oturumu değil, arabuluculuk sürecinin tamamını ifade etmek üzere kullanılmıştır.

Diğer taraftan kanunda, işveren tarafından yetkilendirilen çalışanın yapabileceği belirtilen en net işlem, son tutanağın<sup>61</sup> imzalanması hususudur. Bu hususa kanunda açıkça yer verilmiştir. Belirtmek gerekir ki, arabuluculuk faaliyetinin sonunda son tutanağın düzenlenmesi zorunludur<sup>62</sup>. Çünkü ancak bu sayede arabuluculuk faaliyetinin sona erip ermediği, ne zaman sona erdiği ve faaliyetin anlaşmayla mı yoksa anlaşmazlıkla mı sona erdiği tespit edilmiş olacaktır. Son tutanağın temel işlevi ve zorunlu içeriği sürecin ne zaman ve nasıl sona erdiğini belgelemesidir<sup>63</sup>. HUAK m. 17/2 hükmünde son tutanağı kimlerin imzalayabileceği düzenlenmiştir. Buna göre, “*Arabuluculuk faaliyeti sonunda tarafların anlaştıkları, anlaşamadıkları veya arabuluculuk faaliyetinin nasıl sonuçlandığı bir tutanak ile belgelendirilir. Arabulucu tarafından düzenlenecek bu belge, arabulucu, taraflar, kanuni temsilcileri veya avukatlarınca imzalanır. Belge taraflar, kanuni temsilcileri veya avukatlarınca imzalanmazsa, sebebi belirtilmek suretiyle sadece arabulucu tarafından imzalanır*”. Her ne kadar bu hükümde son tutanağı imzalayabilecek kişiler arasında işverenin yetkilendirdiği çalışanı belirtilmemiş ise de özel hüküm niteliğinde olan İMK m. 3/18 hükmünde bu yetki açıkça düzenlendiği için, çalışan, arabuluculuk sürecinin sonunda arabulucu tarafından düzenlenmesi zorunlu olan son tutanağı imzalama yetkisini haiz olacaktır. Esasen süreç boyunca işvereni temsil eden çalışanın, sürecin sona erdiğini (ve nasıl sona erdiğini) belgeleyen son tutanağı imzalama yetkisine haiz olması gayet doğaldır.

## B. ÇALIŞANIN ANLAŞMA BELGESİNİ İMZALAYIP İMZALAYAMAYACAĞI MESELESİ

İşverenin yazılı belgeyle yetkilendirdiği çalışanın temsil yetkisinin kapsamı bağlamında üzerinde durulması gereken önemli bir husus da arabuluculuk faaliyetinin anlaşmayla sona ermesi halinde, işvereni temsil eden çalışanın, anlaşma belgesini imzalama yetkisine sahip olup olamayacağı hususudur. Konuya ilişkin gerek İMK m. 3/18'de gerekse HUAKY m. 25/1'de

<sup>61</sup> Son tutanak hakkında ayrıntı için bkz. Ekmekçi vd., *Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk*, s. 103; Büyükkay, *Arabuluculuk Anlaşma Belgesi ve İcra Edilebilirlik Şerhi*, s. 97-98; Dür, *Arabuluculuk Faaliyeti ve Arabulucunun Hak ve Yükümlülükleri*, s. 370-371.

<sup>62</sup> Ekmekçi vd., *Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk*, s. 104; Kekeç, *Arabuluculuk Yoluyla Uyuşmazlık Çözümünde Temel Aşamalar ve Taktikler*, s. 196; Büyükkay, *Arabuluculuk Anlaşma Belgesi ve İcra Edilebilirlik Şerhi*, s. 98.

<sup>63</sup> Ekmekçi vd., Ekmekçi vd., *Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk*, s. 104; Kekeç, *Arabuluculuk Yoluyla Uyuşmazlık Çözümünde Temel Aşamalar ve Taktikler*, s. 196.

herhangi bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Biraz önce de ifade edildiği üzere kanun, çalışanın sadece son tutanağı imzalayabileceğini hükme bağlamıştır. Bu düzenlemeler karşısında acaba nasıl bir yorumda bulunmak ve nasıl bir sonuca ulaşmak gerekecektir. Bu konuda farklı şekillerde düşünmek mümkündür.

İMK m. 3/18 hükmünün lafzına bakıldığında, işvereni temsil eden çalışanın, anlaşma belgesini imzalama yetkisi olmadığı ileri sürülebilir. Çünkü kanun koyucu açıkça çalışanın sadece son tutanağı imzalayabileceğini ifade etmiştir. Çalışanın son tutanağı imzalama yetkisini düzenleyen kanun koyucunun, çalışanın anlaşma belgesini imzalaması hususunu unutmuş olduğu ya da gözden kaçırdığı şeklinde bir yorum yapmak pek isabetli olmayacaktır. Zira son tutanak ile anlaşma belgesi birbirine çok yakın iki kavramdır. Dolayısıyla, kanun koyucunun burada kasıtlı (bilinçli) bir susma içinde bulunduğu, yani çalışana anlaşma belgesini imzalama yetkisini vermek istemediği söylenebilir. Ancak bu hususta kanun koyucunun eğer muradı böyleyse açık bir düzenleme yaparak, çalışanın bu konuda yetkisinin bulunmadığını düzenlemesi daha isabetli olurdu.

O halde özellikle hükmün lafzı dikkate alındığında, işverenin çalışanın, anlaşma belgesini imzalama yetkisi bulunmadığı savunulabilir. Çünkü anlaşma belgesi genellikle işvereni borç altına sokacak edimler ihtiva edecektir. Bu nedenle kanun koyucu bunu istememiş, eğer bir anlaşma belgesi imzalanacaksa, doğrudan işverenin kendisinin bu belgeyi imzalamasını arzu etmiş olabilir. Kaldı ki her arabuluculuk faaliyeti sonunda yazılı bir anlaşma belgesi düzenleme zorunluluğu da bulunmamaktadır. Tarafların sözlü olarak bir anlaşmaya varmaları dahi mümkündür<sup>64</sup>. Anlaşma belgesi düzenlenmesi, arabuluculuk faaliyetinin sona ermesi için zorunlu olan bir husus değildir. Nitekim HUAK m. 18/1'e göre "*Arabuluculuk faaliyeti sonunda varılan anlaşmanın kapsamı taraflarca belirlenir; anlaşma belgesi düzenlenmesi hâlinde bu belge taraflar ve arabulucu tarafından imzalanır*". Bu hükümden tarafların bir anlaşma belgesi düzenlemelerinin zorunlu olmadığı rahatlıkla anlaşılmaktadır. Ayrıca bu hükümde anlaşma belgesi düzenlenmesi halinde bu belgenin taraflar ve arabulucu tarafından imzalanacağı ifade edilmiştir. Kanun koyucu burada açıkça anlaşmanın taraflarca imzalanacağını hükme bağlamıştır. Bu hükmün tarafı görüşmelerde temsil eden avukatını da kapsayacağı söylenebilir ise de aynı sonucun işvereni temsil eden çalışan için kolaylıkla söylenmesi mümkün değildir. Çünkü İMK m. 3/18'de çalışan bakımından yapılan düzenleme gibi avukatın sadece son tutanağı imzalayabileceği şeklinde özel bir düzenleme bulunmamaktadır. Kısaca, HUAK m. 18/1 hükmünde geçen taraf kavramının, tarafı yazılı belge ile temsil eden çalışana kapsamadığı kanaatindeyiz. Aksine bir durum olsaydı, kanun koyucu İMK m. 3/18'de çalışanın görüşmelere katılabileceği ve son tutanağı imzalayabileceği şeklinde özel bir düzenleme yapmasına gerek olmazdı.

Sürecin anlaşmayla sonuçlandırıldığına dair son tutanağın düzenlenmesinden sonraki bir tarihte taraflar bir araya gelerek bir anlaşma belgesi düzenleyebilirler. Belki de kanun koyucu, bu esastan hareket ederek, kanunda, çalışanın, anlaşma belgesini imzalayıp imzalayamayacağı

<sup>64</sup> Nitekim HUAK m. 18/1'de geçen "anlaşma belgesi düzenlenmesi halinde" ifadesi de bu belgenin düzenlenmesinin zorunlu olmadığına işaret etmektedir. Ayrıca bkz. Ekmekçi vd., *Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk*, s. 108; Büyükkay, *Arabuluculuk Anlaşma Belgesi ve İcra Edilebilirlik Şerhi*, s. 97-98; Dür, *Arabuluculuk Faaliyeti ve Arabulucunun Hak ve Yükümlülükleri*, s. 372.



hususunda bir düzenleme yapmadığı düşünülebilir. Ayrıca anlaşma belgesinin hüküm ve sonuçları işveren için önemli olduğundan, bu konudaki yetkinin çalışana verilmesinin uygun olmayacağı düşünülmüş olabilir. Fakat belirtmek gerekir ki aslında, sürecin sonunda varılan anlaşmayı çalışan yerine işverenin imzalayabileceğini kabul etmek de pek sağlıklı bir yaklaşım değildir. Çünkü, arabuluculuk sürecine katılmamış olan işveren ne olup bittiğinden habersizdir. Yani işveren süreç boyunca ne gibi teklifler yapıldığını, müzakerelerin nasıl geçtiğini bilmeden, adeta önüne konulan anlaşmayı imzalamak durumunda kalacaktır.

Kanaatimizce, işverenin kendisini temsil etmek üzere çalışana verdiği yazılı yetki belgesinde, onun anlaşma belgesini de düzenleyip imzalayabileceği açıkça yazılı değilse, mevcut pozitif düzenlemelere göre çalışan anlaşma belgesini imzalama yetkisine sahip değildir<sup>65</sup>. Zira kanunda bu konuda çalışana verilmiş açık bir yetki bulunmamaktadır. İşverenin İMK m. 3/18'e göre görüşmelerde işvereni temsil etmesinin, anlaşma belgesini de kapsayacağı şeklinde genişletici bir yorum yapmak pek mümkün gözükmemektedir. Yani, arabuluculuk görüşmelerinde işvereni temsil etmek için yetki alan çalışanın, bu sürecin sonunda varılan anlaşmayı imzalama yetkisine de doğal olarak sahip olacağı söylenemez. Çünkü bu halde çalışan işvereni borç altına sokabilecek ve işverenin bazı haklarından vazgeçmesine yol açabilecek anlaşma belgesini düzenleme yetkisi elde edecektir. Üstelik çalışanın bu yetkisini kötüye kullanması da ihtimal dâhilindedir. Bir tarafın avukatının onu arabuluculuk görüşmelerinde temsil edebilmesi için vekâletnamesinde kendisine bu konuda özel yetki verilmiş olması gerekir (HMK m. 74). Doktrinde, avukata özel yetki verilmiş olsa bile, vekilin arabuluculuk süreci sonunda anlaşma sağlanabilmesi için müvekkili adına birtakım ödünler vermesi gerekiyorsa, onun ayrıca sulh ya da ibra konusunda da açıkça yetkilendirilmiş olması gerektiği kabul edilmektedir. Özellikle vekilin ayrıca yetkilendirilmedikçe müvekkili adına karşı tarafı ibra edemeyeceği ifade edilmektedir<sup>66</sup>. Bu nedenle, eğer işveren çalışana verdiği yetki belgesinde, açıkça arabuluculuk sürecinin sonunda varılacak anlaşmaları imzalama, sulh ve ibra yetkisi vermişse, o zaman çalışan anlaşma belgesini imzalayabilmelidir. Bu halde yukarıda da ifade edildiği üzere doğrudan doğruya temsil söz konusu olduğu için, anlaşma belgesinin hüküm ve sonuçları temsil olunan işveren bakımından ortaya çıkar.

Kanaatimizce, olması gereken hukuk bakımından, arabuluculuk sürecini baştan sona yürüten ve süreçte neler olup bittiğini bilen, yani sürece hâkim olan çalışanın, tıpkı son tutanak gibi anlaşma belgesini imzalama yetkisine de sahip olması gerekir. Böylece bu konuda yaşanabilecek olası tereddütler de baştan bertaraf edilecektir. Belki bu konuda işverene aksine bir irade ortaya koyma imkânı, yani çalışana bu yetkiyi vermeme olanağı tanınabilir. Her ne kadar

<sup>65</sup> Kanuna göre (İMK m. 3/18), işveren tarafından yetkilendirilen çalışan, son tutanağı imzalama yetkisine sahiptir. Ancak bazen son tutanak aynı zamanda bir anlaşma belgesi mahiyetini de taşıyabilir. Nitekim HUAK m. 17/3 c. 1 hükmüne göre "Arabuluculuk faaliyeti sonunda düzenlenen tutanağa, faaliyetin sonuçlanması dışında hangi hususların yazılacağına taraflar karar verir". Bu bağlamda, özellikle ayrı bir anlaşma belgesi düzenlenmesini istemeyen (ya da anlaşmanın bir iki cümleden ibaret olduğu hallerde) taraflar, anlaşılan hususların son tutanağa geçirilmesine karar verebilir ve bununla yetinebilirler. Bu durumda süreci sona erdiren son tutanak aynı zamanda bir anlaşma belgesi mahiyetini de taşıyacaktır. Kanaatimizce bu halde, son tutanak esas alınmalıdır. Zira anlaşılan hususlar da neticede son tutanağa yazılmaktadır. Dolayısıyla bu halde, işvereni temsil eden çalışanın son tutanağı ve dolayısıyla anlaşma belgesini imzalama yetkisinin mevcut olduğunu kabul etmek gerekir.

<sup>66</sup> Tanrıver, *Hukuk Uyuşmazlıkları Bağlamında Arabuluculuk*, s. 114.



kanaatimizce mevcut pozitif düzenlemeler bu yetkiyi çalışana vermemekte ise de gelecekte yapılacak bir kanun değişikliğinde, çalışana bu yetkinin açıkça verilmesi uygun olur. Çünkü deyiş yerindeyse arabuluculuk sürecinin en önemli çıktısı, sürecin anlaşmayla sonuçlanması ve neticesinde bir anlaşma belgesi düzenlenmiş olmasıdır. İşverenin kendisini temsil etmek üzere yetkilendirdiği çalışanını bu yetkiden mahrum bırakmanın haklı bir gerekçesi de bulunmamaktadır. Karşı tarafla müzakereleri yürüten ve süreci bir anlaşmayla sonuçlandıran çalışanın, iş bu anlaşmayı belgeye dökmeye geldiğinde, belgeyi imzalama yetkisine sahip olmadığını düşünmek kendi içinde bir çelişkiyi de barındırmaktadır. Dolayısıyla, çalışanın bütün süreç boyunca işvereni temsil edebileceğini, ancak anlaşma belgesi imzalanması söz konusu olduğunda bu konuda temsil yetkisinin bulunmadığını kabul etmek pek sağlıklı bir yaklaşım olmayacaktır. Bütün süreçten haberi olmayan işverenin de son aşamada gelip anlaşma belgesini imzalaması uygun değildir. Zira süreçten haberdar olmayan işverenin, anlaşma koşullarını beğenmemesi halinde, anlaşmayla sonuçlanmış sürecin bu kez anlaşmazlıkla sona erme riski söz konusu olacaktır.

## VII. ÇALIŞANIN TEMSİL YETKİSİNİ KULLANMASININ SONUÇLARI

Yukarıda da belirtildiği üzere, işverenin yetkilendirdiği çalışanın arabuluculuk görüşmelerinde işvereni temsil etmesi halinde, doğrudan doğruya temsil söz konusudur. Bu halde temsil olunan işveren adına ve hesabına hareket etmiş olmaktadır. Dolayısıyla temsilcinin yapmış olduğu işlemlerden doğan hak ve borçlar temsil olunana ait olacaktır. Bu bağlamda örneğin arabuluculuk sürecinin anlaşmayla sonuçlandığı hallerde, anlaşmadan doğan hak ve borçlar temsil olunan bakımından hüküm ifade edecektir.

Arabuluculuk mevzuatı bakımından mevcut olan bazı yetkiler ve sonuçlar, işveren bakımından ortaya çıkacaktır. Bu bağlamda arabuluculuk ücretini ödeme yükümlülüğü<sup>67</sup> işveren tarafından yerine getirilecektir. İşverenin yetkilendirdiği çalışanın mazeretsiz olarak ilk toplantıya gelmemesi<sup>68</sup> halinde ortaya çıkacak sonuçlar<sup>69</sup> (HUAK m. 18/A-11) işveren için geçerli olacaktır. Her ne kadar görüşmelere katılan çalışan gizliliğe (HUAK m. 4) uymakla<sup>70</sup> yükümlü olacak ise de işveren bakımından da bu yükümlülük mevcut olacaktır. HUAK m. 18/2 hükmüne göre, “Taraflar arabuluculuk faaliyeti sonunda bir anlaşmaya varırlarsa, bu anlaşma belgesinin icra edilebilirliğine ilişkin şerh verilmesini talep edebilirler”. Kanaatimizce, işverenin görüşmelerde çalışanını yetkilendirmesi, çalışanına anlaşmanın icra edilebilirliği hakkında şerh

<sup>67</sup> Bu konuda ayrıntı için bkz. Mustafa Serdar Özbek, “Arabuluculuk Asgari Ücret Tarifesinin Tahlili”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 20/1 2014, s. 1119 vd.; Ekmekçi vd., *Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk*, s. 117 vd.; Dür, *Arabuluculuk Faaliyeti ve Arabulucunun Hak ve Yükümlülükleri*, s. 399 vd.

<sup>68</sup> İşverenin arabuluculuk görüşmeleri için bir çalışanını yetkilendirmesi halinde, çalışanın ilk toplantıya mazeretsiz olarak gelmemesi halinde, arabulucunun, işverenin toplantıya katılmasını sağlamak gibi bir yükümlülüğünün bulunmaması gerekir.

<sup>69</sup> Bu sonuçlar için bkz. Aydın, *Ticari Davalarda Dava Şartı Olarak Arabuluculuk*, s. 243-244; Azaklı Arslan, *Medeni Usul Hukuku Açısından Zorunlu Arabuluculuk*, s. 232.

<sup>70</sup> Arabuluculuk sürecinde gizlilik ilkesi hakkında bkz. Yazıcı Tıktık, *Arabuluculukta Gizliliğin Korunması*, s. 51 vd.; Ekmekçi vd., *Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk*, s. 32 vd.; Dür, *Arabuluculuk Faaliyeti ve Arabulucunun Hak ve Yükümlülükleri*, s. 274 vd.

verdirilmesini<sup>71</sup> talep etme yetkisini vermez. Çalışanın, işvereni görüşmelerde temsil etme yetkisi bize göre, çalışanın son tutanağı imzalamasıyla birlikte sona erer. Bu nedenle söz konusu yetkiyi ancak taraf olarak işveren kullanabilir. Zira arabuluculuk anlaşmasının hüküm ve sonuçları işveren hakkında doğar. Ayrıca, arabuluculuk anlaşma belgesinin irade bozukluğu hallerinden biriyle (TBK m. 30 vd.) iptali<sup>72</sup> halinde, bu konuda dava açma hakkı işverene aittir. Diğer bir ifadeyle, irade bozukluğu, işvereni temsil eden çalışan bakımından söz konusu olsa bile, bu konuda dava açma hakkı, işveren tarafından kullanılabilir. Zira yapılan sözleşmenin hüküm ve sonuçları işveren bakımından doğmaktadır.

## VIII. ÇALIŞANIN TEMSİL YETKİSİNİN SONA ERMESİ

Çalışanın, işvereni arabuluculuk görüşmelerinde temsil etmesi halinde, temsil yetkisinin hangi durumlarda sona ereceği hususunda kural olarak genel hükümler (TBK m. 42, 43) geçerli olacaktır. Bu bağlamda, işverenin yetkilendirdiği çalışanın temsil yetkisini geri alırsa<sup>73</sup>, artık çalışan işvereni görüşmelerde temsil edemeyecektir. Arabuluculuk kurumunun ve görüşmelerinin mahiyeti, işverenin, çalışanın yetkisini sonradan geri alabilmesine engel olmamak gerekir. Ancak temsil yetkisinin geri alınması, işvereni temsil eden çalışanın bunu öğrendiği andan itibaren hüküm ve sonuç doğuracaktır<sup>74</sup>.

Temsil yetkisinin belirli bir süre için verilmesi halinde, sürenin bitmesiyle birlikte yetki de sona erer<sup>75</sup>. Arabuluculuk görüşmeleri için çalışana yetki verildiğinde, bu yetkinin belirli bir süre için verildiği söylenebilir mi? Kanaatimizce, çalışana verilen yetki belgesinde belirli bir süre belirtilmese bile, dava şartı arabuluculuk faaliyetinin azami hangi süreler içinde sonuçlandırılması gerektiği mevzuatta<sup>76</sup> belirlendiği için, burada temsil yetkisinin belirli bir süre için verildiği söylenebilir. Mevzuatta belirlenen süreler içinde arabuluculuk faaliyeti sonuçlandırılmadığı takdirde, zaten arabulucunun resen anlaşamama yönünde son tutanağı düzenleyerek

<sup>71</sup> Bu konuda ayrıntı için bkz. Tanrıver, *Hukuk Uyuşmazlıkları Bağlamında Arabuluculuk*, s. 120 vd.; Büyükay, *Arabuluculuk Anlaşma Belgesi ve İcra Edilebilirlik Şerhi*, s. 127 vd.; Aydın, *Ticari Davalarda Dava Şartı Olarak Arabuluculuk*, s. 264 vd.; Ekmekçi vd., *Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk*, s. 111 vd.; Dür, *Arabuluculuk Faaliyeti ve Arabulucunun Hak ve Yükümlülükleri*, s. 376 vd.; Azaklı Arslan, *Medeni Usul Hukuku Açısından Zorunlu Arabuluculuk*, s. 239 vd.; Mustafa Serdar Özbek, “Arabuluculuk Sonunda Düzenlenen Anlaşma Belgesine İcra Edilebilirlik Şerhi Verilmesinde Görevli ve Yetkili Mahkeme”, *Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 3/2 (2017), s. 69 vd.; Serkan Odaman, “Arabuluculuk Tutanağına İcra Edilebilirlik Şerhi Verilmesine İlişkin Yargıtay Kararının Değerlendirilmesi”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Prof. Dr. Şeref Ertaş’a Armağan, 19/özel sayı, (2017), s. 1753 vd.

<sup>72</sup> Bu konuda bkz. Mine Akkan, “Arabuluculuk Faaliyeti Sonucunda Anlaşılan Hususlarda Dava Açma Yasağı Ve Sonuçları”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 20/2 (2108), s. 1 vd.; Büyükay, *Arabuluculuk Anlaşma Belgesi ve İcra Edilebilirlik Şerhi*, s. 291 vd.; Özbek, *Alternatif Uyuşmazlık Çözümü*, s. 1263; Dür, *Arabuluculuk Faaliyeti ve Arabulucunun Hak ve Yükümlülükleri*, s. 373; Azaklı Arslan, *Medeni Usul Hukuku Açısından Zorunlu Arabuluculuk*, s. 236.

<sup>73</sup> Temsil yetkisinin geri alınması hakkında geniş bilgi için bkz. Kocayusufpaşaoğlu, *Borçlar Hukukuna Giriş Hukuki İşlem Sözleşme*, s. 706 vd.; Kılıçoğlu, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s. 244 vd.; Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s. 503-504.

<sup>74</sup> Temsil yetkisinin geri alınmasının sonuçları hakkında genel olarak bkz. Kılıçoğlu, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s. 245 vd.; Kocayusufpaşaoğlu, *Borçlar Hukukuna Giriş Hukuki İşlem Sözleşme*, s. 706 vd.; Gümüüş, *Borçlar Hukukunun Genel Hükümleri*, s. 405 vd.; Oğuzman ve Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler C 1*, s. 240.

<sup>75</sup> Kılıçoğlu, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s. 248.; Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s. 506-507.

<sup>76</sup> Bkz. HUAK m. 18/A-9; İMK m. 3/10; HUAKY m. 25/5; TTK m. 5/A-2; Tarım K. m. 13/1-e.

faaliyete son vermesi gerekmektedir<sup>77</sup>. Nitekim Kanun arabuluculuk görüşmelerinde temsil yetkisi verileceğinden söz ettiğine göre, görüşmelerin sona ermesiyle birlikte ilgili (somut) uyuşmazlık açısından yetki de sona erecektir. Dolayısıyla gerek mevzuatta belirlenen sürelerin sona ermesiyle gerekse görüşmelerin sona erip son tutanağın düzenlenmesiyle arabuluculuk faaliyeti sona ereceği (yani o uyuşmazlık bakımından arabuluculuk görüşmeleri icra edilmiş olacağı) için, çalışanın temsil yetkisi de bu hallerde sona ermiş olacaktır<sup>78</sup>.

Temsilcinin istifa etmesi halinde temsil yetkisi sona erer<sup>79</sup>. Arabuluculuk görüşmeleri için yetkilendirilen çalışanın istifa etmesi de mümkündür. Böyle bir durumda onun da temsil yetkisi istifa ile sona ermiş olacaktır. Bunun yanında, iş sözleşmesinin ikaleyle ya da belirli süreli iş sözleşmesinin süresinin sonunda kendiliğinden sona ermesi durumlarında, temsilcinin ölmesi, gaipliğine karar verilmesi, hukuki işlem ehliyetini kaybetmesi hallerinde temsil yetkisi sona erecektir<sup>80</sup>. Bu durumlardan birinin işverenin yetkilendirdiği çalışanın bakımından ortaya çıkması halinde, onun da arabuluculuk görüşmeleri bakımından temsil yetkisi sona ermiş olacaktır.

## SONUÇ

Dava şartı arabuluculuğa tabi işçi-işveren uyuşmazlıklarında, işverenin, yazılı belgeyle yetkilendirdiği çalışanın, işvereni temsil etmesine ilişkin düzenleme, işverenin aynı anda birden fazla arabuluculuk görüşmelerine katılmasının güç olması nedeniyle kabul edilmiş ve amaca uygun olan istisnai bir düzenlemedir. Pozitif hükümler dikkate alındığında, söz konusu düzenlemenin, ancak dava şartı arabuluculuğa tabi işçi-işveren uyuşmazlıkları bakımından uygulanabileceği görülmektedir. İhtiyari arabuluculuğa tabi işçi-işveren uyuşmazlıklarında bu hüküm uygulanamaz. Adı geçen düzenlemenin uygulanabilmesi için, taraflar arasında işveren-çalışan ilişkisinin bulunması ve işverenin çalışanın mutlaka adi veya resmi bir yazılı belgeyle yetkilendirmesi gerekmektedir.

İşverenin yazılı belgeyle çalışanın yetkilendirmesi halinde, çalışan işverenin doğrudan temsilcisi sayılacak ve yapılan işlemler işveren bakımından hüküm ve sonuç doğuracaktır. Çalışanın temsil yetkisinin kapsamı, kendisini yetkili kılan yazılı belgenin içeriğine göre belirlenecektir. İşverenin, yetki sınırlarını açıkça belirlemiş olması halinde, çalışanın sınırları aşması durumunda, yetkisiz temsilin söz konusu olacağı kabul edilmelidir.

Yazılı belgeyle yetkilendirilen çalışanın arabuluculuk görüşmelerinde yapıldığı iş ve işlemlerden dolayı işveren sorumlu olacaktır. Bu bağlamda, arabuluculuk ücretinin ödenmesinden işveren sorumludur. Çalışan mazeretsiz olarak ilk oturuma gelmemesi halinde, bundan doğan sonuçlara da işveren katlanacaktır. Aynı şekilde arabuluculuk sürecinin tanıdığı hak ve yetkileri

<sup>77</sup> Nitekim HUAKY m. 25/5 hükmüne göre “Arabulucu, yapılan başvuruyu görevlendirildiği tarihten itibaren üç hafta içinde sonuçlandırır. Bu süre zorunlu hallerde arabulucu tarafından en fazla bir hafta uzatılabilir. Sürenin sonucunda arabulucu anlaşamama yönünde re’sen son tutanağı düzenler”.

<sup>78</sup> Kılıçoğlu, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s. 248; Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s. 506.

<sup>79</sup> Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s. 505; Kılıçoğlu, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s. 248; Gümüş, *Borçlar Hukukunun Genel Hükümleri*, s. 396.

<sup>80</sup> Kocayusufpaşaoğlu vd., *Borçlar Hukukuna Giriş Hukuki İşlem Sözleşme*, s. 686 vd.; Gümüş, *Borçlar Hukukunun Genel Hükümleri*, s. 397 vd.; Kılıçoğlu, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s. 248; Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s. 505-506.

de işveren kullanabilir. Örneğin, bir anlaşma belgesinin düzenlenmesi halinde, bu belgeye icra edilebilirlik şerhinin verilmesini işveren talep edebilir. Anlaşma belgesinin çalışanın iradesinin sakatlanmasından dolayı geçersiz olduğu iddiasını da yine işveren ileri sürebilir.

İMK m. 3/18'de çalışanın arabuluculuk görüşmelerinde işvereni temsil etmesinden söz edildiği için yazılı belgeyle yetkilendirilen çalışanın arabuluculuk görüşmelerinde işveren adına kural olarak her türlü işlemi yapmaya yetkili olduğu kabul edilecektir. Bununla birlikte adı geçen hükümde görüşmelere katılan çalışanın sadece son tutanağı imzalayabilmesinden söz edilmektedir. Bu düzenlemede tereddüde neden olacak husus, yetkilendirilen çalışanın, süreç sonunda bir anlaşmaya varılması ve bir anlaşma belgesi düzenlenmesi halinde, bunu işveren adına imzalayıp imzalayamayacağı hususudur. Kanaatimizce mevcut pozitif düzenlemelere göre, çalışan işveren adına bir anlaşma belgesi imzalayamaz. Ancak olması gereken hukuk bakımından çalışana bu yetkinin de verilmesi gerekir. Bu nedenle gelecekte yapılacak bir kanun değişikliğinde, çalışana bu yetkiyi de açıkça tanıyan bir düzenleme yapılması oldukça yararlı olacaktır.

Arabuluculuk görüşmelerinin sona ermesi halinde, yani kural olarak süreç sonunda son tutanağın düzenlenmesiyle birlikte çalışanın işvereni temsil yetkisi de sona erecektir. Aynı şekilde, temsil yetkisinin sona ermesine ilişkin genel hükümlerde yer alan diğer sebeplerin gerçekleşmesi halinde de temsil yetkisinin sona ereceği kabul edilmelidir.

## KAYNAKÇA

- Akkan, Mine. "Arabuluculuk Faaliyeti Sonucunda Anlaşılan Hususlarda Dava Açma Yasağı ve Sonuçları". *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 20/2 (2108): (s. 1-31).
- Akputat, Ayşe Köme. *İş Mahkemelerinde Yargılamanın Özellikleri*, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2018.
- Arık, İbrahim. "İşçi ve İşveren İlişkilerinde Dava Şartı Olarak Arabuluculuk Kurumu Sorunlar ve Çözüm Yolları". Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, *Antalya Bilim Üniversitesi Lisansüstü Eğitim Enstitüsü*, 2021.
- Aydın, İsmail. *Ticari Davalarda Dava Şartı Olarak Arabuluculuk*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2022.
- Azıklı Arslan, Betül. *Medeni Usul Hukuku Açısından Zorunlu Arabuluculuk*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2018.
- Büyükcay, Ferhat. *Arabuluculuk Anlaşma Belgesi ve İcra Edilebilirlik Şerhi*. Ankara: Adalet Yayınları, 2018.
- Çelik, Nuri, Nurşen Caniklioğlu ve Talat Canbolat. *İş Hukuku Dersleri*. İstanbul: Beta Basım Yayım Dağıtım, 2019.
- Çiçek, Mustafa. *İş Hukukunda Zorunlu Arabuluculuk*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2018.
- Çil, Şahin. *İş Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2018.
- Dür, Orhan. *Arabuluculuk Faaliyeti ve Arabulucunun Hak ve Yükümlülükleri*. Ankara: Adalet Yayınları, 2018.
- Ekmekçi, Ömer ve Esra Yiğit. *Bireysel İş Hukuku Dersleri*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2021.
- Ekmekçi, Ömer, Muhammet Özekes, Murat Atalı, Vural Seven. *Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2019.
- Eren, Fikret. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*. Ankara: Yetkin yayıncılık, 2019.
- Ermenek, İbrahim. *Arabuluculuk Sürecinde Zayıf Tarafın Korunması*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2021.
- Furrer, Andreas, Markus Müller Chen ve Blgehan Çetiner. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2021.
- Gümüş, Mustafa Alper. *Borçlar Hukukunun Genel Hükümleri*, Ankara: Yetkin Yayınları, 2021.
- Hanağası, Emel. *Medeni Yargılama Hukukunda Silahların Eşitliği*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2016.
- İldır, Gülgün. *Alternatif Uyuşmazlık Çözümü*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2003.
- Kekeç, Elif Kismet. *Arabuluculuk Yoluyla Uyuşmazlık Çözümünde Temel Aşamalar ve Taktikler*. Ankara: Adalet Yayınları, 2014.
- Kılıçoğlu, Ahmet. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Ankara: Turhan Kitabevi, 2014.
- Kocayusufoğlu, Necip, Hüseyin Hatemi, Rona Serozan ve Abdülkadir Arpacı. *Borçlar Hukukuna Giriş Hukuki İşlem Sözleşme*. İstanbul: Filiz Kitabevi, 2008.
- Korkmaz, Ezgi. "İş Hukukunda Dava Şartı Arabuluculuk: Güncel Sorunlar ve Tartışmalar". *Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku Dergisi*, 16/47 (2020): (s. 861-927).
- Mollamahmutoğlu, Hamdi, Muhittin Astarlı ve Ulaş Baysal. *İş Hukuku Ders Kitabı Cilt 1 Bireysel İş Hukuku*. Ankara: Lykeion Yayıncılık, 2022.
- Mutlay, Faruk Barış. *İş Hukukunda Zorunlu Arabuluculuk İş Hukukunda Genç Yaklaşımlar –III*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2018.
- Odaman, Serkan ve Eda Karaçöp. "İş Mahkemeleri Kanunu Tasarı Taslağında Öngörülen Zorunlu Arabuluculuk Müessesesi". *Sicil İş Hukuku Dergisi*, 35 (2016): (s. 51-65).

- Odaman, Serkan. "Arabuluculuk Tutanağına İcra Edilebilirlik Şerhi Verilmesine İlişkin Yargıtay Kararının Değerlendirilmesi". *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Prof. Dr. Şeref Ertaş'a Armağan*, 19/özel sayı (2017): (s. 1753-1766).
- Oğuzman, Kemal ve Turgut Öz. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt 1*. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2013.
- Özbek, Mustafa Serdar. "Arabuluculuk Asgari Ücret Tarifelinin Tahlili". *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 20/1 (2014): (s. 1119-1156).
- Özbek, Mustafa Serdar. "Arabuluculuk Sonunda Düzenlenen Anlaşma Belgesine İcra Edilebilirlik Şerhi Verilmesinde Görevli ve Yetkili Mahkeme". *Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 3/2 (2017): (s. 69-85).
- Özbek, Mustafa. *Alternatif Uyuşmazlık Çözümü*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2016.
- Özdemir, Erdem. *İş Sağlığı ve Güvenliği Hukuku*. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2014.
- Özekes, Muhammet. *Tüketici Uyuşmazlıklarında Zorunlu Arabuluculuk*. İstanbul: Aristo Yayınevi, 2021.
- Saruhan, Banu Bilge. "Tüketici Hukuku Uyuşmazlıklarında Dava Şartı Arabuluculuk Uygulaması". *Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 4/2 (2021): (s. 415-440).
- Saylı, Baran. *Dava Şartı Olarak Arabuluculuk ve Sürece İlişkin Değerlendirmeler*. Yüksek Lisans Tezi. Bursa Uludağ Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2023.
- Senyen Kaplan, Emine Tuncay. *Bireysel İş Hukuku*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2022.
- Süzek, Sarper. *İş Hukuku*. İstanbul: Beta Basım Yayım Dağıtım, 2020.
- Tanrıver, Süha. *Hukuk Uyuşmazlıkları Bağlamında Arabuluculuk*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2020.
- Taşpolat Tuğsavul, Melis. *Türk Hukukunda Arabuluculuk*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2012.
- Tercier, Pierre, Pascal Pichonnaz ve Murat Develioğlu, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2016.
- Yavuz, Cevdet. *Türk-İsviçre ve Fransız Medeni Hukuklarında Dolaylı Temsil*. İstanbul: 1983.
- Yazıcı Tıktık, Çiğdem. *Arabuluculukta Gizliliğin Korunması*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2013.





İntihal | Plagiarism: Bu makale, en az iki hakem tarafından incelendi ve intihal içermediği teyit edildi.

| This article has been reviewed by at least two referees and scanned via a plagiarism software.

# İSVİÇRE FEDERAL MAHKEMESİ İÇTİHATLARI ÇERÇEVESİNDE ORTAK VE ALACAKLILARIN YÖNETİCİLERİN MAL VARLIĞINDAN ŞİRKETTEN ÖNCE YARARLANMA İHTİMALİNE KARŞI BİR ÖNLEM

ACCORDING TO DECISIONS OF THE SWISS FEDERAL COURT A MEASURE  
AGAINST THE POSSIBILITY OF SHAREHOLDERS AND CREDITORS  
BENEFITING FROM THE ASSETS OF THE DIRECTORS BEFORE  
THE COMPANY

Dr. Temel Güner\*

## ÖZ

Anonim ve limited şirketlerde ortak ve alacaklılar doğrudan zararlarının tazmini için yönetim/müdürler kurulu üyelerine karşı sorumluluk davası açtuklarında tazminat şirkete değil kendilerine ödenmektedir. Bu durum ortak ve alacaklılarla birlikte şirketin de doğrudan zarara uğradığı ihtimalde şirketin aleyhine sonuç doğurmaktadır. Zira ortak ve alacaklılar şirketten önce harekete geçip zararlarını tazmin ettiklerinde genellikle yöneticilerin malvarlığında başvurabilecek bir meblağ kalmamakta, şirket zararını tazmin edememe riskiyle karşılaşmaktadır. Bu risk şirket iflas ettiğinde daha da belirgin hale gelmektedir. Nitekim iflas gerçekleştiğinde şirket adına sorumluluk davası açılabilmesi için ikinci alacaklılar toplantısında bu yönde bir karar alınması gerektiğinden, bu karar alınana kadar ortak ve alacaklılar önceden harekete geçip yöneticilerin mal varlığından öncelikle faydalanmakta, yöneticilerin mal varlığında şirketin başvurulabileceği bir meblağ kalmamaktadır. Bunun önüne geçmek isteyen İsviçre Federal Mahkemesi ortak ve alacaklılarla birlikte şirketin de doğrudan zarara uğradığı ihtimalde ortak ve alacaklıların sorumluluk davası açabilmeleri için münhasıran kendi menfaatlerini koruma amacı güden bir normun ihlali şartını aramakta, böylece ortak ve alacaklıların dava hakkını önemli ölçüde kısıtlamaktadır. Federal Mahkeme, başlangıçta hem iflas içinde hem de iflas dışında benimsediği bu uygulamasını güncel kararlarında sadece iflas halinde devam ettirmektedir. Çalışmamızda İsviçre Federal Mahkemesi'nin bu konudaki uygulaması incelenmektedir.

**Anahtar Kelimeler:** Sorumluluk Davası, Doğrudan Zarar, Dolaylı Zarar, Öncelikle Yararlanma, Münhasıran Ortak ve/veya Alacaklıların Menfaatini Koruma Amacı Güden Norm.

\* Arş. Gör. Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Ana Bilim Dalı.

0000-0002-0446-9856 [temelguner@hacettepe.edu.tr](mailto:temelguner@hacettepe.edu.tr)



Bu eser Creative Commons Alıntı-Gayri Ticari-Türetilemez 4.0 Uluslararası Lisansı ile lisanslanmıştır.  
This work is licensed under a Creative Commons Attribution-NonCommercial-NoDerivatives 4.0 International License.

## ABSTRACT

In joint stock and limited liability companies, when partners and creditors sue against company directors for compensation of their direct losses, the compensation obtained is paid to them, not to company. This situation has consequences against the company, in case the company suffers a loss as well as partners and creditors. Because, when partners and creditors take action before the company and compensate their losses, there is usually no amount that can be applied in the assets of the managers, and the company faces the risk of not being able to compensate its losses. This risk becomes even more apparent when the company goes bankrupt. As a matter of fact, in order to file a liability lawsuit on behalf of the company in the event of bankruptcy, a decision must be taken to file a liability lawsuit at the second meeting of creditors. Until this decision is taken, partners and creditors take action in advance and benefit primarily from the assets of the managers, and there is no amount that can be applied by the company in the assets of the managers. In order to prevent this, the Swiss Federal Court seeks the condition of violation of a norm that aims exclusively to protect their own interests so that partners and creditors can file a liability lawsuit in case the company, together with the partners and creditors, is directly damaged. Thus it significantly restricts the right of action of partners and creditors. The Federal Court maintains this practice, which was initially adopted both in and out of bankruptcy, in its current decisions only in case of bankruptcy. In our study, the application of the Swiss Federal Court on this issue is examined.

**Keywords:** Liability Claim, Direct Damage, Indirect Damage, Benefit First, Norm That Aims Exclusively Protect the Interests of Shareholders and Creditors.

## GİRİŞ

Dolaylı zararların tazmini için yönetim/müdürler kurulu üyelerine karşı sorumluluk davası açıldığında elde edilen tazminat şirkete ödenirken, doğrudan zararların tazmini için açılan davalarda elde edilen tazminat ortak<sup>1</sup> ve alacaklılara ödenmektedir. Bu durum, şirketle birlikte ortak ve alacaklıların aynı anda doğrudan zarara uğradığı ihtimalde şirketin aleyhine sonuç doğurmaktadır. Şöyle ki, sorumluluk hukukunda kural olarak “ilk gelen ilk yararlanır” ilkesi geçerli olduğundan şirketle birlikte aynı anda ortak ve alacaklılar da doğrudan zarar gördüğünde, ortak ve alacaklılar önce harekete geçip yöneticilerin mal varlığından zararlarını gidermekte; şirket, zararlarını tazmin edememe riskiyle karşılaşmaktadır. Bu risk şirket iflas ettiğinde daha da belirgin hale gelmektedir. Zira iflas gerçekleştiğinde şirket adına dava açılıp açılmayacağına ikinci alacaklılar toplantısında karar verileceğinden bu toplantı yapılmaya kadar ortak ve alacaklılar erkenden harekete geçip zararlarını tazmin etmekte, daha sonradan şirket adına dava açılması yönünde karar alınsa ve dava kazanılsa dahi genellikle sorumluluğuna hükmedilen yöneticilerin mal varlığında başvurulabilecek bir meblağ kalmamaktadır. Şirketin aleyhine gelişen bu durumun önüne geçmek isteyen İsviçre Federal Mahkemesi, -eski tarihli kararlarında hem iflas içi hem de iflas dışında, yeni tarihli kararlarında ise sadece iflas halinde- ortak ve alacaklıların İsviçre Borçlar Kanunu (İsvBK)<sup>2</sup> m. 754 [Türk Ticaret Kanunu (TTK)<sup>3</sup> m. 553] kapsamında doğrudan zararlarının tazminine yönelik sorumluluk davası açabilmeleri için münhasıran kendi menfaatlerini koruma amacı güden bir normun (*ausschliesslich dem Gläubiger- oder Aktionärsschutz dienen Norm*) ihlali şartını aramakta; aksi takdirde ortak ve alacaklılara dava hakkı tanımamaktadır. Farklı bir deyişle İsviçre Federal Mahkemesi bu uygulamayla doğrudan-dolaylı zarar ayırımında ihlal edilen normun niteliğini esas almakta, münhasıran ortak ve alacaklıların menfaatlerini koruma amacı güden bir normun ihlali söz konusu değilse ortak ve alacaklıların doğrudan zararının varlığını reddetmektedir. Çalışmamızda İsviçre Federal Mahkemesi'nin bu konudaki uygulaması ve bu tür bir uygulamanın Türk hukuku bakımından da geçerli olup olmayacağı sorunu ele alınmaktadır.

## I. DOĞRUDAN-DOLAYLI ZARAR AYRIMI VE BU AYRIMDA İHLAL EDİLEN NORMUN NİTELİĞİNİN ROLÜ

### A. GENEL OLARAK

Yönetim/müdürler kurulu üyelerinin sorumluluğunun gündeme gelebilmesi için olmazsa olmaz nitelik taşıyan zarar şartı açısından doğrudan-dolaylı zarar ayırımı yapılmakta, bu ayırım özellikle davadan elde edilen tazminatın kime ödeneceği noktasında önem arz etmektedir<sup>4</sup>. Nitekim doğrudan zararlar söz konusu olduğunda hem iflas içi hem de iflas dışında elde

<sup>1</sup> Çalışmamızda kullanılan ortak ifadesi anonim şirketlerde pay sahiplerini, limited şirketlerde ise ortakları ifade etmektedir.

<sup>2</sup> *Bundesgesetz betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht)*, BBl 1905 II 1, 1909 III 725, 1911 I 845.

<sup>3</sup> RG, 14.02.2011, S. 27846.

<sup>4</sup> Doğrudan-dolaylı zarar ayırımına bağlanan hukuki sonuçlar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Anlam Sıtkı Altay, “Yargıtay Kararları Işığında Yönetim Kurulu Üyelerinin Sorumluluğunda Doğrudan Sorumluluk Dolayısıyla Sorumluluk Ayırımına Bağlanan Hukuki Sonuçlar”, İçinde *Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu 7*, Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 2018, s. 69 vd.

edilen tazminat davayı açan ortak ve alacaklılara ödenirken, iflas dışında dolaylı zararların tazmini için açılan davalardan elde edilen tazminat davacı ortaklara değil şirkete ödenmektedir (TTK m. 555/1)<sup>5</sup>. İflas içinde ise, dolaylı zararı için alacaklılar dava açtığı takdirde elde edilen tazminat öncelikle dava açan alacaklıya, sonra dava açan ortaklara ödenmekte arta kalan bir miktar varsa bu tutar, dava açmayan diğer alacaklılar lehine iflas masasına kaydedilmektedir. İflas halinde davayı ortaklar açmış ise, herhangi bir öncelik hakkı söz konusu olmaksızın elde edilen tazminatın tamamı iflas masasına kaydedilmektedir (TTK m. 556/2). Görüldüğü üzere zararın doğrudan mı yoksa dolaylı zarar niteliği mi taşıdığı tazminatın ödeneceği kişinin tespiti açısından son derece önem arz etmektedir<sup>6</sup>. Bu nedenle ne zaman doğrudan ne zaman dolaylı zararın söz konusu olacağına açıklığa kavuşturulması gerekmektedir.

Türk-İsviçre öğretisinde<sup>7</sup> doğrudan-dolaylı zarar ayrımının temelinde ortak ve alacaklıların zararının şirketin zararından bağımsız olarak gerçekleşip gerçekleşmediğinin yattığı; bu ayrımında ihlal edilen normun niteliğinin bir önem arz etmediği kabul edilmektedir. Bu görüş çerçevesinde ihlal edilen normun niteliği ne olursa olsun ortak ve alacaklıların mal varlığında şirketin zarara uğraması vasıtasıyla (*mittelbare*) meydana gelen eksilme dolaylı zarar, şirketin zararından bağımsız olarak (*unmittelbare*) meydana gelen eksilme ise doğrudan zarar olarak nitelendirilmektedir. Ancak İsviçre Federal Mahkemesi, şirketin de zarara uğradığı ihtimalde ortak ve alacaklıların doğrudan zararından bahsedilebilmesi için münhasıran kendi menfaatlerini koruma amacı güden bir normun (*ausschliesslich dem Gläubiger- oder Aktionärsschutz dienen Norm*) ihlali şartını aramaktadır<sup>8</sup>. Federal Mahkeme, başlangıçta hem iflas içinde hem

<sup>5</sup> Bu noktada TTK m. 202/1-c istisnası dışında iflas gerçekleşmedikçe alacaklıların zaten dava açamayacağına işaret etmek isteriz.

<sup>6</sup> Nitekim uygulamada sıklıkla, elde edilen tazminatın kendisine ödenmesini sağlamak adına dolaylı zarar niteliği taşıyan zararların doğrudan zarar olarak nitelendirilmeye çalışıldığı, bu sebeple nitelendirmenin çok dikkatli yapılması gerektiği, dolaylı zarar niteliği taşımasına rağmen doğrudan zarar nitelendirmesi yapılarak açılan davalardan elde edilen tazminat davayı açan kişiye ödeneceğinden bunun, sorumlu kişinin mal varlığının alacaklılar arasında eşit şekilde paylaşılması ilkesi (*par condicio creditorum*) ile bağdaşmayacağı oysa tazminat şirkete ödendiğinde bundan diğer bütün hak sahiplerinin yararlanacağı yönünde bkz. Hans Casper von der Crone ve Olivier Baum, “Aktienrechtliche Verfahren: Klagemöglichkeiten und Klagerisiken”, *Zeitschrift für Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht*, 3 (2016), s. 291.

<sup>7</sup> Ersin Çamoğlu, *Anonim Ortaklık Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğu*, 3. Baskı, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2010, s. 128, 147-148; Mehmet Helvacı, *Anonim Ortaklıkta Yönetim Kurulu Üyesinin Hukuki Sorumluluğu*, 2. Baskı, İstanbul: Beta Yayınları, 2001, s. 107; Necla Akdağ Güney, *Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğu*, 2. Baskı, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2010, s. 52-53; Mehmet Çelebi Can, “Pay Sahiplerinin veya Alacaklıların Doğrudan Zararlarının Tazmini Amacıyla İkame Edilen Sorumluluk Davalarında TTK m. 1534’ün Etkisi”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 21/4 (2017), s. 10 vd.; Aydın Alber Yüce ve Emre Köroğlu, “Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğunda Yansıma Yoluyla Zarar” *Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi*, 8/2 (2022), s. 544 vd.; Ali Fuat Çiçekli, “Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerinin Sorumluluğu Kapsamında Doğrudan ve Yansıma Zarar (Özellikle Usûl ve Takip Hukuku Yönünden)”, *Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2 (2022), s. 1073 vd.; Peter Forstmoser, *Die aktienrechtliche Verantwortlichkeit*, 2. Auflage, Zürich: Schulthess Polygraphischer Verlag, 1987, s. 79, Nr. 186 vd.; Hans Casper von der Crone, Antonio Carbonara ve Silvia Hunziker, *Aktienrechtliche Verantwortlichkeit und Geschäftsführung*, Basel: Beifheft 43 zur Zeitschrift für Schweizerisches Recht, 2006, s. 7, 8; David Grieder, *Die Rechtsnatur der aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsklage*, Basel, Helbing Lichtenhahn Verlag, 2019, s. 51, Nr. 160.

<sup>8</sup> Örnek karar için bkz. BGE 110 II 395, BGE 112 II 261. Konu hakkında detaylı bilgi için bkz. Rolf H. Weber, “Beurteilung der neueren Rechtsprechung zur Verantwortlichkeit in Unternehmen”, in *Verantwortlichkeit im Unternehmensrecht III*, ed. Rolf H. Weber, Zürich: Schulthess Verlag, 2006, s. 153 vd.; Lukas Glanzmann ve

de iflas dışında benimsediği bu uygulamasını güncel kararlarında sadece iflas halinde devam ettirmekte; iflas dışında ise ortak ve alacaklıların zararının şirketin zararından bağımsız olarak gerçekleşip gerçekleşmediğini esas almaktadır.

## B. TARİHİ SÜREÇ İÇERİSİNDE İSVİÇRE FEDERAL MAHKEMESİ'NİN DOĞRUDAN-DOLAYLI ZARAR AYRIMINDA ESAS ALDIĞI KRİTERLER

### 1. İsviçre Federal Mahkemesi İçtihadının Gelişim Süreci

İsviçre Federal Mahkemesi eski tarihli kararlarında<sup>9</sup> doğrudan-dolaylı zarar ayırımında ortak ve alacaklıların zararının şirketin zararından bağımsız olarak gerçekleşip gerçekleşmemesini esas alırken, 1996 yılından sonraki kararlarında ortak ve alacaklılarla birlikte şirketin de zarara uğradığı durumlarda ihlal edilen normu esas almış<sup>10</sup>, ortak ve alacaklıların doğrudan zararından bahsedilebilmesi için münhasıran kendi menfaatlerini koruma amacı güden bir normun (*ausschliesslich dem Gläubiger- oder Aktionärsschutz dienen Norm*) ihlali şartını aramıştır. Mahkeme, tasfiye durumunda alacaklılar tatmin edilmeden ortaklara ödeme yapılmasını yasaklayan İsvBK m. 744 hükmünün münhasıran alacaklıların menfaatini koruma amacı güden norm niteliği taşıdığını dolayısıyla bu hükmün ihlali durumunda -aynı anda şirket de zarara uğrasa dahi- alacaklıların doğrudan zararlarının tazminine yönelik sorumluluk davası açabileceğini belirtmiştir. İsvBK m. 725 hükmünde olduğu gibi hem alacaklıların hem de şirketin menfaatini koruma amacı güden çifte karakterli bir normun ihlali söz konusu olduğunda ise yöneticilerin mal varlığının şirket aleyhine azaltılmasını önlemek amacıyla ortak ve alacaklıların doğrudan zararının varlığını reddetmiş dava hakkının öncelikle şirkete ait olduğunu kabul etmiştir<sup>11</sup>. Federal Mahkeme, bir süre hem iflas içinde hem de iflas dışında devam ettirdiği bu uygulamasını 2003 yılından sonraki kararlarında<sup>12</sup> sadece şirketin iflası haline özgülemiş, iflas dışında doğrudan-dolaylı zarar ayırımında ortak ve alacaklıların zararının şirketin zararından bağımsız olarak gerçekleşip gerçekleşmediğini esas aldığı eski içtihatlarına geri dönmüştür. Esasen bu kararlar birlikte Federal Mahkeme içtihadının uygulama alanı ortaya çıkış amacına özgülülmüştür. Zira bu uygulamanın temel amacı ortak ve alacaklıların şirketten önce harekete

Markus Wolf, "Haftung faktischer Organe für Schäden aus Konkursverschleppung", in *Sanierung und Insolvenz von Unternehmen IX Neue Entwicklungen*, ed. Thomas Sprecher, Zürich: Schulthess Verlag, 2019, s. 28 vd.; Peter R. Isler, "Fragen der Aktiv- und Passivlegitimation in Verantwortlichkeitsprozessen", in *Verantwortlichkeit im Unternehmensrecht IV*, ed. Rolf H. Weber ve Peter Isler, Zürich, Schulthess Verlag, 2008, s. 93 vd.; Merens Derungs ve Hans Casper von der Crone, "Gläubigerschädigung und Aktienrechtliche Verantwortlichkeit", *Schweizerische Zeitschrift für Wirtschafts- und Finanzmarktrecht*, 3 (2019), s. 324; Grieder, *Die Rechtsnatur der aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsklage*, s. 149, Nr 488 vd. Özellikle bkz. Felix Buff ve Hans Casper von der Crone, "Aktienrechtliche Verantwortlichkeit im Konkurs: Einschränkung der Klageberechtigung, Bundesgerichtsurteil 4A\_428/2014 vom 12. Januar 2015 (BGE 141 III 112)", *Schweizerische Zeitschrift für Wirtschafts- und Finanzmarktrecht*, (2015), s. 273 vd.

<sup>9</sup> 1984 tarihli örnek karar için bkz. BGE 110 II 391.

<sup>10</sup> 1996 tarihli örnek karar için bkz. BGE 122 III 176.

<sup>11</sup> BGE 122 III 176 S. 193. Bu hususta bkz. Claudia Suter, *Der Schaden bei der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit*, Zürich, Dike Verlag, 2010, s. 66 vd.

<sup>12</sup> BGer 4C.188/2003. 2006 tarihli aynı yönde karar için bkz. BGE 132 III 564. 2015 tarihli aynı yönde karar için bkz. BGE 141 III 112. 2021 tarihli aynı yönde karar için bkz. BGer 4A\_36/2021.

geçerek yöneticilerin mal varlığından öncelikle yararlanmalarının önüne geçmektir<sup>13</sup>. İsviçre hukuku açısından şirket iflas etmedikçe ortak ve alacaklıların böyle bir avantaj sağlaması söz konusu değildir. Zira iflas dışında şirket de, ortak ve alacaklılar gibi ve hatta onlardan önce harekete geçerek zararının tazmini için dava açabilir<sup>14</sup>. İflas dışında hak sahipleri (şirket, ortak ve alacaklı) açısından dava açmak konusunda zaman bakımından fırsat eşitliği söz konusu olduğundan ilk gelen ilk yararlanır ilkesinin uygulanmasında herhangi bir sakınca yoktur<sup>15</sup>. Buna karşın iflas halinde şirket adına dava açılabilmesi için ikinci alacaklılar toplantısında bu yönde bir kararın alınması gerektiğinden ortak ve alacaklıların önce harekete geçerek yöneticilerin mal varlığından öncelikle yararlanmaları mümkündür<sup>16</sup>. Bu nedenle Federal Mahkeme uygulamasının şirketin iflasıyla sınırlandırılması yerindedir. Federal Mahkeme'nin ortak ve alacaklıların doğrudan zararlarının tazminine yönelik dava hakkına ilişkin güncel yaklaşımı şu şekilde özetlenebilir<sup>17</sup>.

- 1- Ortak ve alacaklılar, ***şirket zarara uğramaksızın*** zarar görmüşlerse münhasıran kendi menfaatlerini koruma amacı güden bir normun ihlali şartı aranmaksızın ***gerek iflas içinde gerekse iflas dışında*** doğrudan zararlarının tazminine yönelik İsvBK m. 754 kapsamında sorumluluk davası açabilmektedir<sup>18</sup>. Zira bu ihtimalde şirketin bir zararı

<sup>13</sup> Bu noktada ifade edelim ki, dolaylı zararlar bakımından iflas halinde öncelikle iflas idaresine dava hakkı tanıyan (iflas idaresi dava açmadığı takdirde ortak ve alacaklıların dava açabileceğini öngören) İsvBK m. 757 ve TTK m. 556 hükümlerinin amacı da ortak ve alacaklıların talebinin şirketin (iflas idaresinin) talebiyle yarışmasını önlemektir. Bu hususta bkz. Ünal Tekinalp, *Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku*, 4. Baskı. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2015, s. 419, Nr. 16-117.

<sup>14</sup> Nitekim İsviçre hukukunda iflas dışında şirket adına sorumluluk davası açılabilmesi için genel kurul kararı şartı aranmamakta, yönetim kurulu kendi inisiyatifiyle hızlıca dava açabilmektedir. Ancak Türk hukukunda iflas dışında da ortak ve alacaklıların zaman bakımından avantajlı konumda olduğu söylenebilir. Zira Türk yargı uygulaması, iflas dışında şirket adına sorumluluk davası açılabilmesi için genel kurulun bu yönde karar alması şartını aramaktadır. Bu şart ortak ve alacaklılara dava açmak konusunda zaman bakımından avantaj sağlamaktadır. Bu hususta daha ayrıntılı bilgi için aşağıda başlık B.4 altındaki açıklamalara bakınız.

<sup>15</sup> Bu noktada ayrıca iflas halinde alacaklıları eşit şekilde yararlandırma amacı güden icra iflas hükümlerinin iflas dışında uygulanmasının söz konusu olmadığını da eklemek gerekir. Bkz. Rolf Raschein, "Die Abtretung von aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsansprüchen im Konkurs", in *Festschrift 100 Jahre SchKG*, ed. Louis Dallèves, Zürich: Schulthess Polygraphischer Verlag, 1989, s. 358.

<sup>16</sup> Bu hususta bkz. Peter Forstmoser, Arthur Meier-Hayoz ve Peter Nobel, *Schweizerisches Aktienrecht*, Bern, Stämpfli Verlag, 1996, s. 427, Nr. 73; Georg Rauber, "Der mittelbare Gläubigerschaden — alte und neue Ungereimtheiten im Verantwortlichkeitsrecht, Neues zum Gesellschafts- und Wirtschaftsrecht", in *Zum 50. Geburtstag von Peter Forstmoser*, ed. Walter R. Schlupe ve Peter Isler, Zürich: Schulthess Verlag, 1993, s. 167; Felix Dasser ve David Roth, "Ausgewählte prozessuale Aspekte bei gesellschaftsrechtlichen Verantwortlichkeitsklagen/IV", in *Verantwortlichkeit im Unternehmensrecht VII*, ed. Rolf Sethe ve Peter Isler, Genf: Schulthess Verlag, 2014, s. 253; Matthew T. Reiter, "Prozessrechtliche Probleme in Verantwortlichkeitsverfahren", in *Verantwortlichkeit im Unternehmensrecht*, ed. Rolf H. Weber, Zürich: Schulthess Verlag, 2003, s. 174; von der Crone ve Baum, "Aktienrechtliche Verfahren", s. 290.

<sup>17</sup> BGE 141 III 112; BGE 132 III 564. Konu hakkında Federal Mahkeme'nin yaklaşımına ilişkin detaylı bilgi için bkz. Suter, *Der Schaden bei der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit*, s. 66 vd.; Weber, "Beurteilung der neueren Rechtsprechung", s. 153 vd.; Derungs ve von der Crone, "Gläubigerschädigung und Aktienrechtliche Verantwortlichkeit" s. 324; Glanzmann ve Wolf, "Haftung faktischer Organe", s. 28 vd.; Isler, "Fragen der Aktiv- und Passivlegitimation", s. 93 vd.; özellikle Buff ve von der Crone, "Einschränkung der Klageberechtigung", s. 273 vd.

<sup>18</sup> Bu yönde karar için bkz. BGE 141 III 112; BGE 132 III 564; BGE 110 II 391.

söz konusu olmadığından ortak ve alacaklıların talebiyle şirketin talebi arasında bir yarışma da söz konusu değildir.

2- Ortak ve alacaklılarla birlikte ***şirket de zarara uğramışsa*** şirketin iflas edip etmemesine göre ayırım yapılmaktadır.

a- Şirket ***iflas etmemişse***, şirket açısından dava açmak konusunda zaman bakımından bir dezavantaj söz konusu olmadığından ortak ve alacaklılar, münhasıran kendi menfaatlerini koruma amacı güden bir normun ihlali şartı aranmaksızın doğrudan zararlarının tazminine yönelik İsvBK m. 754 kapsamında sorumluluk davası açabilmektedir.

b- ***Şirket iflas etmişse***, şirket dava açmak konusunda zaman bakımından dezavantajlı konumdadır. Zira iflas halinde şirket adına sorumluluk davası açılabilmesi için ikinci alacaklılar toplantısında bu yönde bir kararın alınması gerekir. Bu karar alınana kadar ortak ve alacaklılar önceden harekete geçip yöneticilerin mal varlığından öncelikle yararlanabilir. Bu ihtimalde:

a. Ortak ve alacaklıların İsvBK m. 754 kapsamında doğrudan zararlarının tazminine yönelik sorumluluk davası açabilmeleri için ***münhasıran kendi menfaatlerini koruma amacı güden bir normun*** (*ausschliesslich dem Gläubiger- oder Aktionärsschutz dienenden Norm*) ihlali gerekir.

b. Münhasıran ortak ve alacaklıların menfaatini koruma amacı güden bir normun ihlali söz konusu değilse ortak ve alacaklıların doğrudan zararlarının tazminine yönelik İsvBK m. 754 kapsamında sorumluluk davası açmaları mümkün değildir. Şartları oluşmuşsa haksız fiil (İsvBK m. 41) veya culpa in contrahendo sorumluluğuna dayanılarak zarar tazmin edilebilir. Dolayısıyla bu ihtimalde yöneticilerin sorumluluğu şirketler hukuku bağlamından çıkarak genel sorumluluk hükümlerine tabi olmaktadır. Ancak haksız fiil ve culpa in contrahendo kapsamında sorumluluğun gündeme gelebilmesi için kasıt ve ahlaka aykırılık şart olduğundan genel sorumluluk hükümleri bağlamında zararın tazmini pek mümkün olmamaktadır.



## 2. Şirketler Hukukunda Hangi Hükümlerin Münhasıran Ortak ve Alacaklıların Menfaatini Koruma Amacı Güden Norm Niteliği Taşdığı

İsviçre Federal Mahkemesi'nin yerleşik hale gelen uygulaması çerçevesinde şirketler hukukunda öngörülen hangi hükümlerin münhasıran ortak ve alacaklıların menfaatini koruma amacı güden norm (*ausschliesslich dem Gläubiger- oder Aktionärsschutz dienen Norm*) niteliği taşıdığına tespiti önem arz etmektedir. İsviçre öğretisinde, şirketler hukukuna ilişkin hükümlerin çoğunluğunun ortak ve alacaklıların menfaatini koruma amacı taşımadığı, hükümlerin çoğunun şirketin menfaatini koruduğu belirtilmektedir<sup>19</sup>. Ayrıca alacaklıların menfaatini koruyan normların birçoğunun, örneğin İsvBK m. 725<sup>20</sup> hükmünün aynı zamanda şirketin de menfaatini koruma amacı güden çifte karaktere (*Doppelnormen*) sahip olduğu<sup>21</sup>, bu tür normların münhasıran alacaklıların menfaatini koruma amacı güden norm niteliği taşımadığı<sup>22</sup>, sadece tasfiye halinde alacaklılar tatmin edilmeden ortaklara ödeme yapılmasını yasaklayan İsvBK m. 744 hükmünün bu kapsamda değerlendirilebileceği ifade edilmektedir<sup>23</sup>. Ortaklar açısından ise rüçhan hakkına ilişkin İsvBK m. 652b ve kâr payına ilişkin İsvBK m. 660 hükümlerinin münhasıran ortakların menfaatini koruma amacı güden norm niteliği taşıdığına kabul edilebileceği ifade edilmektedir<sup>24</sup>.

Görüldüğü üzere münhasıran ortak ve alacaklıların menfaatini koruma amacı güden norm sayısı oldukça azdır. Bu nedenle Federal Mahkeme uygulaması şirketle birlikte ortak ve alacaklıların aynı anda doğrudan zarara uğradığı ihtimalde ortak ve alacaklıların İsvBK 754 kapsamında dava hakkını önemli ölçüde kısıtlamaktadır<sup>25</sup>. Bu durumda ortak ve alacaklıların

<sup>19</sup> Ortak ve alacaklıların sadece İsvBK m. 717 kapsamında özen ve bağlılık yükümlülüğüne aykırılık sebebiyle zarar görmesinin hukuka aykırı olmadığı, nitekim Federal Mahkeme'nin şirkete karşı görev ihlalinin ortak ve alacaklılara karşı görev ihlali olarak kabul etmediği yönünde bkz. Oliver Kälin, "Und nochmals: Zur Rechtsnatur aktienrechtlicher Verantwortlichkeitsansprüche", *Aktuelle Juristische Praxis/Pratique Juridique Actuelle*, 2 (2016), s. 141. Bu hususta benzer yönde bkz. Forstmoser, *Die aktienrechtliche Verantwortlichkeit*, s. 57, Nr. 87.

<sup>20</sup> Bu hususta bkz. Derungs ve von der Crone, "Gläubigerschädigung und Aktienrechtliche Verantwortlichkeit", s. 327, 328. Alacaklıları koruyucu hükümlerin özellikle muhasebeye ve sermayenin korunmasına ilişkin hükümlerde bulunduğu yönünde bkz. Forstmoser, *Die aktienrechtliche Verantwortlichkeit*, s. 57, Nr. 87.

<sup>21</sup> Grieder, *Die Rechtsnatur der aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsklage*, s. 150, Nr. 489; Harald Bärtschi, "Die Klage aus unmittelbarem Schaden im Verantwortlichkeitsprozess", in *Verantwortlichkeit im Unternehmensrecht V*, ed. Rolf H. Weber ve Peter R. Isler, Zürich: Schulthess Verlag, 2010, s. 239,242; Peter Böckli, *Schweizer Aktienrecht*, Zürich: Schulthess Verlag, 2009, s. 2470, Nr. 305 vd.

<sup>22</sup> Kälin, "Rechtsnatur aktienrechtlicher Verantwortlichkeitsansprüche", s. 142; Glanzmann ve Wolf, "Haftung faktischer Organe", s. 30; Grieder, *Die Rechtsnatur der aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsklage*, s. 150, Nr. 489.

<sup>23</sup> Kälin, "Rechtsnatur aktienrechtlicher Verantwortlichkeitsansprüche", s. 142; Grieder, *Die Rechtsnatur der aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsklage*, s. 150, Nr. 490. Bu yönde karar için bkz. BGE 122 III 176.

<sup>24</sup> Grieder, *Die Rechtsnatur der aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsklage*, s. 150, Nr. 491; Bärtschi, "Die Klage aus unmittelbarem Schaden", s. 242.

<sup>25</sup> Derungs ve von der Crone, "Gläubigerschädigung und Aktienrechtliche Verantwortlichkeit", s. 328; Rauber, "Der mittelbare Gläubigerschaden", s. 168. Federal Mahkeme'nin ortak ve alacaklıların doğrudan zararları bakımından İsvBK m. 754 hükmünü değil, İsvBK m. 41 hükmünü dikkate aldığı, İsvBK 41 hükmü kapsamında hukuka aykırılık şartının sağlanmasının İsvBK 754'e göre daha zor olduğu, nitekim İsvBK m. 41 kapsamında salt mal varlığını koruma amacı güden bir normun ihlal edilmesi gerektiği, bu sebeple esas sözleşmeye veya iç yönetmeliğe aykırılığın bu şartı yerine getirmeyeceği, şirketler hukukuna ilişkin hangi hükümlerin bu kapsamda değerlendirileceğinin ise belirsiz olduğu, Federal Mahkeme'nin bu uygulamasının ortak ve alacaklıların doğrudan zararlarının tazminine ilişkin dava hakkını önemli ölçüde sınırlandırdığı yönünde bkz. Daniel Jenny, "Abwehrmöglichkeiten von Verwaltungsratsmitgliedern gegenden Vorwurf der Pflichtverletzung", *Zeitschrift für Schweizerisches Recht*, 1 (2018), s. 152.

zararlarının tazmini şirketler hukuku kapsamı dışında haksız fiil veya culpa in contrahendo gibi daha ağır şartların geçerli olduğu genel sorumluluk hükümlerine kalmaktadır<sup>26</sup>.

### 3. İsviçre Öğretisinde Federal Mahkeme İçtihadına Yaklaşım

İsviçre öğretisinde şirketle birlikte ortak ve alacaklıların aynı anda doğrudan zarara uğradığı ihtimalde ortak ve alacaklıların talep hakkı ile şirketin talep hakkının yarışacağı, bu yarışmada ilk gelen ilk yararlanır ilkesi bertaraf edilerek yöneticilerin sınırlı mal varlığından (*Haftungssubstrat*) her koşulda öncelikle şirketin yararlandırılması gerektiği belirtilmektedir<sup>27</sup>.

Ancak Federal Mahkeme uygulaması icra edilirken bu uygulamanın temel amacının göz önünde bulundurulması gerektiği<sup>28</sup>, bu uygulamanın sadece ortak ve alacaklıların şirketten önce harekete geçerek yöneticilerin mal varlığından öncelikle yararlanma ihtimalleri bulunduğu durumlarda takip edilebileceği, şirkete karşı avantaj sağlamaları söz konusu değilse, örneğin sadece ortak ve alacaklılar zarara uğramışsa veya şirket ticaret sicilinden silinerek sona ermişse<sup>29</sup> ortak ve alacaklıların münhasıran kendi menfaatlerini koruma amacı güden bir normun ihlali şartı aranmaksızın dava açabileceği belirtilmektedir<sup>30</sup>. Ayrıca şirket (iflas idaresi) ile ortak ve alacaklılar arasındaki yarışmanın nadiren ortaya çıkacağı, zira İsviçre'deki çoğu iflas işleminin varlık eksikliği sebebiyle sonlandırıldığı, nitekim 2014 yılında 12.805 iflas sürecinin sadece 5.724 (%44,7)'ünün tamamlandığı; 2011, 2012 ve 2013 yıllarında da benzer oranın söz konusu olduğu<sup>31</sup>, bu gibi durumlarda İsviçre İcra İflas Kanunu (İsvİİK)<sup>32</sup> m. 230/2'deki şartlar sağlanmadığından, farklı bir ifadeyle şirketin yöneticilere karşı sahip olduğu davaları takip etmek iflas idaresince yararlı görülmediğinden, ortak ve alacaklılarla rekabet edecek bir iflas yönetiminin bulunmadığı ifade edilmektedir<sup>33</sup>.

İsviçre öğretisinde Federal Mahkeme'nin yöneticilerin mal varlığını eşit bir şekilde dağıtma düşüncesinin yerinde olduğu ifade edilmekle birlikte bu uygulamanın bazı tutarsızlıklar içerdiği de dile getirilmektedir. Nitekim yöneticilerin mal varlığı şirketin iflas sürecine dâhil olmadığından, iflas halinde alacaklıları eşit şekilde yararlandırmayı amaçlayan icra iflas hükümlerinin burada uygulanmayacağı, bu nedenle Federal Mahkeme uygulamasının hukuki dayanakta yoksun olduğu ifade edilmektedir<sup>34</sup>. Ayrıca gerek yöneticilerin sorumluluğuna ilişkin İsvBK m. 754 gerek denetçilerin sorumluluğuna ilişkin İsvBK m. 755 hükmünde sorumluluğun gündeme gelebilmesi için yükümlülük ihlalinin (*Verletzung ihrer Pflichten*) bahsedildiği, iki hükmün bu açık lafzına rağmen denetçilerin görevlerini ihlal etmeleri halinde hukuka aykırılık şartının sağlandığını kabul edip yöneticilerin sorumluluğu açısından münhasıran

<sup>26</sup> Nitekim İsviçre öğretisinde bazı yazarlar münhasıran ortak ve alacaklıların menfaatini koruma amacı güden bir normun varlığının dahi tartışmalı olduğunu, bu nedenle doğrudan zararlar bakımından yöneticilerin sorumluluğunun şirketler hukuku uygulaması kapsamı dışına çıktığını ifade etmektedir. Bkz. Kälin, "Rechtsnatur aktienrechtlicher Verantwortlichkeitsansprüche", s. 142; Jenny, "Abwehrmöglichkeiten" s. 152.

<sup>27</sup> Buff ve von der Crone, "Einschränkung der Klageberechtigung", s. 270, özellikle s. 273 ve dn. 35.

<sup>28</sup> Buff ve von der Crone, "Einschränkung der Klageberechtigung", s. 275.

<sup>29</sup> Buff ve von der Crone, "Einschränkung der Klageberechtigung", s. 275.

<sup>30</sup> Buff ve von der Crone, "Einschränkung der Klageberechtigung", s. 274; özellikle s. 275, 276, dn. 58.

<sup>31</sup> Buff ve von der Crone, "Einschränkung der Klageberechtigung", s. 274, dn. 49.

<sup>32</sup> Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs (SchKG), vom 11. April 1889.

<sup>33</sup> Buff ve von der Crone, "Einschränkung der Klageberechtigung", s. 274-275.

<sup>34</sup> Buff ve von der Crone, "Einschränkung der Klageberechtigung", s. 274.

ortak ve alacaklıların menfaatlerini koruma amacı güden bir normun ihlali gibi ekstra şartlar aramanın uygun olmadığı ifade edilmektedir<sup>35</sup>.

#### 4. İsviçre Federal Mahkemesi İçtihadının Türk Hukuku Açısından Uygulanabilirliği

Tespit edebildiğimiz kadarıyla Türk yargı uygulamasında ortak ve alacaklıların yöneticilerin mal varlığından öncelikle yararlanmalarının önüne geçmeyi amaçlayan İsviçre Federal Mahkemesi uygulamasına benzer bir uygulama söz konusu değildir. Ancak Federal Mahkeme'yi bu uygulamayı benimsemeye yönelten, ortak ve alacaklıların şirketten önce harekete geçerek yöneticilerin mal varlığından öncelikle yararlanması gerçeğinin Türk hukukunda da gündeme gelmesi ve şirketin bundan zarar görmesi olasıdır. Dolayısıyla İsviçre hukukunda içtihat yoluyla ortaya çıkan bu uygulamanın Türk hukukuna aktarılabilir olup olmadığı değerlendirilmesinde fayda vardır.

Federal Mahkeme'nin bu konudaki uygulamasına hukuki dayanaktan yoksun olduğu gerekçesiyle İsviçre öğretisinde yöneltilen eleştiri yerindedir. Zira iflas halinde şirketin mal varlığından bütün alacaklıları eşit şekilde yararlandırmayı amaçlayan icra iflas hükümleri şirket yöneticilerinin mal varlığı açısından uygulama alanı bulmamaktadır. Şirket yöneticilerinin mal varlığı iflas masasına dâhil olan kalemlerden değildir. Sadece şirketin, yöneticilere karşı sahip olduğu dava hakkı iflas masasına dâhildir<sup>36</sup>. Ancak her ne kadar hukuki dayanaktan yoksun olduğu gerekçesiyle Federal Mahkeme uygulaması eleştirilse de bu uygulamanın pratik açıdan önemli bir boşluğu doldurduğu gözardı edilmemelidir. Zira aksi takdirde güçlü konumda olan alacaklılar şirketten (iflas idaresinden) önce harekete geçerek zararını öncelikle tazmin edebilir. Daha sonra şirket dava açsa dahi yöneticilerin mal varlığında başvurulabilecek bir meblağ kalmaz. Bu durum iflas halinde alacaklıların tamamını eşit şekilde yararlandırmayı amaçlayan (*par condicio creditorum*) hükümlerin işlevsiz kalmasına yol açar. Bu nedenle şirketle birlikte ortak ve alacaklıların doğrudan zarara uğradığı ihtimalde iflas eden şirketin bütün alacaklılarını eşit şekilde yararlandırmayı sağlamak adına dava hakkı öncelikle iflas idaresine tanınmalı, iflas idaresi dava açmaz ise ortak ve alacaklılar dava açabilmelidir<sup>37</sup>. Bu görüş savunulduğu takdirde yöneticilerin özel alacaklılarının dava hakkının da kısıtlanması gerektiği düşünülebilir. Ancak yönetim/müdürler kurulu üyelerinin özel alacaklılarının konumu ile ortaklık ilişkisi sebebiyle yöneticilerden alacaklı olan kişilerin (şirketin) konumu aynı değildir. Ortaklık ilişkisi,

<sup>35</sup> Kälın, "Rechtsnatur aktienrechtlicher Verantwortlichkeitsansprüche", s. 142; Harald Bärtschi, "Rahmenbedingungen für die Verantwortlichkeitsklage eines Kleinaktionärs/I-II", in *Verantwortlichkeit im Unternehmensrecht VII*, ed. Rolf, Sethe ve Peter, Isler, Zurich: Schulthess Verlag, 2014, s. 75. Federal Mahkeme uygulamasının olumlu yönlerine de dikkat çekmekle birlikte eleştirel benzer değerlendirmeler için bkz. Patrick Umbach ve Rolf H. Weber, "Schadensberechnung in Verantwortlichkeitsprozessen", in *Verantwortlichkeit im Unternehmensrecht*, ed. Rolf H, Weber, Zürich: Schulthess Verlag 2003, s. 120-121.

<sup>36</sup> Federal Mahkeme'nin bu görüşünü benimsediği takdirde Türk yargısının eli, hukuki dayanak konusunda daha güçlü olacaktır. Nitekim ilgili İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu kararları dikkate alındığında sorumluluğa ilişkin düzenlemelerin mehzazını oluşturan İsviçre yargı uygulaması da hukukumuz açısından kaynak teşkil etmektedir. Bu yönde bkz. YİBBGK, T. 28.11.1945, 13/15; YİBBGK, T. 20.9.1950, E.1950/4, K.1950/10; YİBBGK, T. 9.3.1955, E.1954/22, K.1955/2; YİBBGK, T. 27.3.1957, E.1957/1, K. 1957/3. (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, E.T.: 20.05.2023).

<sup>37</sup> İsviçre hukuku açısından benzer yönde bkz. Buff ve von der Crone, "Einschränkung der Klageberechtigung", s. 273, 274.

yöneticilerin mal varlığını iflas masası kapsamında değerlendirmeyi menfaatler dengesi açısından haklı kılar. Oysa yöneticilerin ortaklık ilişkisi dışında kalan özel alacaklıları açısından böyle bir durum söz konusu değildir.

Bu noktada son olarak Türk hukukunda ortak ve alacaklıların zaman bakımından avantajlı konuma gelerek yöneticilerin mal varlığından öncelikle yararlanma ihtimalinin iflas dışında da mümkün olduğuna ve hatta yargı uygulamasının bunu teşvik ettiğine dikkat çekmek isteriz. Şöyle ki, Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, TTK m. 479/3-c ve TTK m. 618/3-c hükümlerinden yola çıkarak şirket adına sorumluluk davası açılabilmesi için genel kurul kararı şartını aramaktadır<sup>38</sup>. İflas dışında şirket adına sorumluluk davası açılabilmesi için genel kurul kararı şartının aranması, -tıpkı iflas halinde ikinci alacaklılar toplantısı kararı şartının aranmasında olduğu gibi- ortak ve alacaklılara dava açmak konusunda zaman bakımından avantaj sağlamaktadır.

Kanaatimizce şirket adına sorumluluk davası açılabilmesi için genel kurul kararı şartı arayan bu uygulamadan vazgeçilerek ortak ve alacaklıların yöneticilerin mal varlığından öncelikle yararlanması önlenmelidir. TTK m. 479/3-c ve TTK m. 618/3-c hükümleri, aynı düzenlemelerin yer aldığı İsviçre hukukunda kabul edildiği üzere<sup>39</sup> -kural olarak gerekli olmamakla

<sup>38</sup> Örnek kararlar için bkz. Y. 11. HD, E.2014/4452, K.2014/9938, 28.5.2014; Y. 11. HD, E.2015/560, K.2015/13614, 17.12.2015; Y. 11. HD, E.2015/3371, K.2016/1194, 9.2.2016; Y. 11. HD, E.2016/5455, K.2017/534, 26.1.2017; Y. 11. HD, E.2016/10657, K.2017/4388, 14.9.2017; Y. 11. HD, E.2016/8829, K.2017/4095, 12.7.2017 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, E.T.: 10.05.2023); Y. 11. HD, E.2018/1432, K.2019/4030, 22.5.2019; Y. 11. HD, E.2018/1432, K.2019/4030, 22.5.2019: “İşbu dava, niteliği itibarıyla yöneticinin sorumluluğu davasıdır. 6102 sayılı TTK hükümleri arasında mülga TTK'nın 341. maddesi gibi açık bir düzenleme olmamakla birlikte 6102 sayılı TTK'nın 408/1, 553/1ve 479/3-c maddelerindeki düzenleme karşısında anonim şirket yöneticileri hakkında sorumluluk davası açılabilmesi için, şirket genel kurulunda karar alınması gereklidir. Böyle bir kararın varlığı dava şartı olup, mahkemece kendiliğinden gözetilmesi gerekir. Bu durum karşısında mahkemece, genel kurulda davalı hakkında dava açılması yönünde alınmış bir karar var ise ibrazının sağlanması, yoksa anılan eksikliğin giderilmesi için davacı tarafa HMK'nın 54. maddesi uyarınca uygun süre verilmesi ve sonucuna göre bir karar verilmesi gerekir”; Y. 11. HD, E.2018/2242, K.2019/7531, 26.11.2019: “Davalı şirket müdürleri yönünden sorumluluk davası açılabilmesi için 6102 Sayılı TTK'nın 618/3.c maddesi uyarınca yasada öngörülen nisapla alınmış bir genel kurul kararının bulunması gerekmekte olup bu husus dava şartıdır. Davacı şirket tarafından ortaklar kurulunca bu yönde alınmış bir karar sunulmadığından dava açma koşulu oluşmamış ise de bu husus yargılama aşamasında da tamamlanabilir. Bu durumda mahkemece öncelikle ortaklar kurulu tarafından bu yönde alınmış bir karar ibrazı için davacı tarafa mehil ve gerektiğinde kesin mehil verildikten sonra sonucuna göre bir hüküm tesisi gerekirken..”; Y. 11. HD, E.2019/5335 K.2020/3250, 29.6.2020 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, E.T.: 10.05.2023); Y. 11. HD, E. 2021/2908, K. 2022/4792, 13.6.2022: “...6102 sayılı TTK hükümleri arasında mülga TTK'nın 341. maddesi gibi açık bir düzenleme olmamakla birlikte 6102 sayılı TTK'nın 408/1, 553/1ve 479/3-c maddelerindeki düzenleme karşısında anonim şirket yöneticileri hakkında sorumluluk davası açılabilmesi için, şirket genel kurulunda karar alınması gereklidir...” (Lexpera.com, E.T.: 10.05.2023).

<sup>39</sup> Nitekim TTK m. 479/3-c (TTK m. 618/3-c) hükmünde olduğu gibi İsvBK m. 693/3-4 (İsvBK m. 806/3-3) hükmünde de sorumluluk davası açılmasına ilişkin kararlarda oy hakkında imtiyazın etkisizleşeceği öngörülmüştür. Ancak İsviçre öğretisinde İsvBK m. 716/2 ve İsvBK m. 718/1 kapsamında yönetim kurulunun şirket adına sorumluluk davası açmaya yetkili olduğu, ayrıca genel kurul tarafından bir yetkilendirme şartının aranmayacağı, buna karşın genel kurul sorumluluk davası açılmaması yönünde bir karar alırsa yönetim kurulunun bu kararla bağlı olduğu, öğretilde hâkim olan bu görüşün İsvBK m. 693/3-4 hükmü ile çelişmeyeceği, zira İsvBK m. 693/3-4 hükmünün bir yetki tahsisi içermediği, daha ziyade genel kurul böyle bir karar alırsa veya kararın alınması genel kuruldan istenirse uygulanacağı ifade edilmektedir. Forstmoser, *Die aktienrechtliche Verantwortlichkeit*, s. 38, Nr. 11, dn. 46. Benzer yönde bkz. Böckli, *Schweizer Aktienrecht*, s. 2445, Nr. 224; Harald Bärtschi, *Verantwortlichkeit im aktienrecht*, Zürich: Schulthess, 2001, s. 129; von der Crone ve Baum, “Aktienrechtliche Verfahren”,

birlikte<sup>40</sup> - genel kurul tarafından ihtiyari olarak sorumluluk davasına ilişkin bir karar alınması halinde uygulanacak hükümler olarak değerlendirilmeli; yönetim/müdürler kurulu yavaş işleyen bir yapıya sahip olan genel kurulun karar almasını beklemeye gerek olmaksızın kendi inisiyatifiyle -özellikle eski üyelere karşı- hızlıca sorumluluk davası açabilmelidir<sup>41</sup>. Böylece ortak ve alacaklıların önce harekete geçip yöneticilerin mal varlığından önce yararlanmasının önüne geçilebilmelidir. Daha doğru bir ifadeyle şirket adına sorumluluk davası açılabilmesi için genel kurul kararı şartı arayan uygulamadan vazgeçilerek dava hakkı olan kişiler (şirket, ortak ve alacaklılar) arasında zaman bakımından fırsat eşitliği yaratılmalı, bu sağlandığı takdirde adil rekabet koşulları altında kim önce harekete geçerse zararını önce tazmin edebilmelidir. Ancak alacaklıları eşit şekilde yararlandırmayı amaçlayan icra iflas hükümleri iflas dışında uygulama alanı bulmadığından iflas dışında şirkete öncelik hakkı tanıyan bir uygulamaya gidilmemeli ortak ve alacaklılar da şirketle birlikte herhangi bir sınırlamaya tabi olmaksızın doğrudan zararlarının tazminine yönelik dava açabilmelidir.

## SONUÇ

Anonim ve limited şirketlerde ortak ve alacaklılar doğrudan zararlarının tazmini için şirket yöneticilerine karşı sorumluluk davası açtıklarında elde edilen tazminat şirkete değil kendilerine ödenmektedir. Bu durum aynı fiil sonucunda ortak ve alacaklılarla birlikte şirketin de zarara uğradığı ihtimalde şirketin aleyhine sonuç doğurmaktadır. Nitekim ortak ve alacaklılar doğrudan zararlarının tazmini için şirketten önce dava açıp zararlarını tazmin ettiklerinde daha

s. 290; von der Crone, Carbonara ve Hunziker, *Aktienrechtliche Verantwortlichkeit*, s. 64. Bu yönde ve konu hakkında ayrıntılı değerlendirme için bkz. Lukas Handschin, "Die Verantwortlichkeit des Verwaltungsrates ausserhalb des Konkurses seiner Gesellschaft", in *Festschrift 100 Jahre Aargauischer Anwaltsverband*, Zürich: Schulthess Juristische Medien, 2005, s. 239-245.

<sup>40</sup> İfade edelim ki, sorumluluk davası açılabilmesi için kural olarak genel kurul kararı şartı aranmamalıdır. Ancak görevdeki mevcut yönetim kurulu üyelerinin tamamına karşı dava açılacaksa yönetim kurulunun kendisine karşı dava açılması yönünde karar almasını beklemek hayatın gerçekleriyle bağdaşmayacağından bu ihtimalde şirket adına dava açılabilmesi için genel kurulun karar alması ve davada şirketi temsil edecek bir kişiyi belirlemesi gerekecektir.

<sup>41</sup> Şirket adına sorumluluk davası açılabilmesi için genel kurul kararı şartı aranmaması gerektiğine ilişkin aynı yönde bkz. Ersin Çamoğlu, "Anonim Ortaklık Yönetim Kurulu Üyeleri Aleyhine Açılacak Sorumluluk Davasında Şirketin Temsili ve Ortaklığa Temsil Kayyımı Atanması", İçinde *Serdar Özersin'e Armağan*, ed. İsmail Hakkı Özersin, Ankara: Adalet, 2017, s. 114, 115, özellikle dn. 2, 4; Hasan Pulaşlı, *Şirketler Hukuku Şerhi C. III*, Ankara: Adalet, 2018, s. 2564, 2565; Mehmet Helvacı, "Anonim Ortaklık Tarafından Yönetim Kurulu Üyelerine Karşı Açılacak Sorumluluk Davalarında Genel Kurul Kararının Gerekli Olup Olmadığı Sorunu", İçinde *Yürürlüğünün 5. Yılında ve Yargıtay Kararları Işığında Türk Ticaret Kanunu Sempozyumu*, ed. Abuzer Kendigelen, M. Halil Çonkar, İbrahim Çağrı Zengin, Buğra Kesici, F. Pelin Tokcan ve Numan Sabit Sönmez, İstanbul: Onikilevha, 2018, s. 155 vd.; Sevgi Bozkurt Yaşar, "Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyeleri Aleyhine Şirket Adına Sorumluluk Davası Açılmasına Karar Vermeye Yetkili Organ" *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, 34/1 (2018), s. 158; Sevde Bora Çınar, "Anonim Şirketlerde Sorumluluk Davası Açılmasında Genel Kurul Kararı Alınmasının Gerekli Olup Olmadığı Üzerine Bir Değerlendirme", *Turkish Academic Research Review*, 4/2 (2019), s. 249 vd. Aksi yönde görüş için bkz. Mehmet Bahtiyar, "Anonim Şirket Adına Yönetim Kurulu Üyelerine Karşı Açılacak Sorumluluk Davasında Genel Kurul Kararının Gerekli Olup Olmadığı Sorunu", İçinde *Prof. Dr. Seza Reisoğlu Armağanı*, ed. Sabih Arkan, Korkut Özkorkut, İbrahim Bektaş ve İfakat Balık, Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Enstitüsü, 2016, s. 406-409; Oruç Hami Şener, *Teorik ve Uygulamalı Ortaklıklar Hukuku*, Ankara: Seçkin 2019, s. 424; İbrahim Arslan ve Ebru Tüzemen Atik, "Anonim Şirketlerde Yönetim Kurulu Aleyhine Sorumluluk Davası Açılması Kararı ve Açılacak Davada Şirketin Temsili", *Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2/2 (2016), s. 24, 25; Şükrü Yıldız, "Limited Ortaklıklarda Müdürlerin Sorumluluğu", *İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, 2/24 (2013), s. 77, 78; Altay, "Doğrudan Sorumluluk Dolayısıyla Sorumluluk", s. 76-77.

sonra şirket dava açsa ve davayı kazansa dahi genellikle yöneticilerin mal varlığında başvurulabilecek bir meblağ kalmamaktadır. Bu olumsuzluk iflas halinde daha belirgin hale gelmektedir. Gerçekten de iflas halinde şirket adına sorumluluk davası açılabilmesi için ikinci alacaklılar toplantısında bu yönde bir kararın alınması şart olduğundan, bu toplantı yapılana kadar ortak ve alacaklılar önceden harekete geçip zararlarını tazmin etmekte, ikinci alacaklılar toplantısında şirket adına dava açılması yönünde karar alınsa ve dava kazanılsa dahi sorumluluğuna hükmedilen yöneticilerin mal varlığında başvurulabilecek bir meblağ kalmamaktadır.

İsviçre Federal Mahkemesi, ortak ve alacaklıların şirketten önce harekete geçerek yöneticilerinin mal varlığından öncelikle yararlanmalarının önüne geçebilmek adına, ortak ve alacaklıların doğrudan zararlarının tazminine yönelik sorumluluk davası açabilmeleri için münhasıran kendi menfaatlerini koruma amacı güden bir normun ihlali şartını aramakta, farklı bir deyişle doğrudan-dolaylı zarar ayırımında ortak ve alacaklıların zararının şirketin zararından bağımsız olarak gerçekleşip gerçekleşmediğini değil ihlal edilen normun niteliğini esas almakta, böylece ortak ve/veya alacaklıların dava hakkını önemli ölçüde kısıtlamaktadır. Federal mahkeme, eski tarihli kararlarında hem iflas içinde hem de iflas dışında benimsediği bu uygulamasını yeni tarihli kararlarında sadece iflas halinde devam ettirmektedir. İflas dışında ise ortak ve alacaklıların zararının şirketin zararından bağımsız olarak gerçekleşip gerçekleşmediğini esas almaktadır.

Her ne kadar Federal Mahkeme'nin bu uygulaması hukuki dayanaktan yoksun olduğu gerekçesiyle İsviçre öğretisinde eleştirilse de kanaatimizce yerinde bir uygulamadır. İflas halinde ortak ve alacaklıların yöneticilerin mal varlığından öncelikle yararlanmalarını önlemek ve böylece yöneticilerin mal varlığından bütün alacaklıları eşit şekilde yararlandırabilmek adına, Türk yargısının da buna benzer bir uygulamayı benimsemesinin yerinde olacağı kanaatindeyiz.

Ayrıca Türk hukukunda şirket adına sorumluluk davası açılabilmesi için genel kurul kararı şartının aranması, iflas dışında da ortak ve alacaklıların şirketten önce harekete geçerek yöneticilerin mal varlığından öncelikle yararlanmalarına neden olmaktadır. Kanaatimizce şirket adına dava açılabilmesi için genel kurul kararı şartı arayan uygulamadan vazgeçilerek dava hakkı olan şirket, ortak ve alacaklılar arasında zaman bakımından fırsat eşitliği sağlanmalıdır. Böylece yönetim kurulu, yavaş işleyen genel kurulun karar almasını beklemeye gerek kalmaksızın hızlı bir şekilde özellikle eski üyelere karşı hızlıca dava açabilmelidir.



## KAYNAKÇA

- Akdağ Güney, Necla. *Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğu*. 2. Baskı. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2010.
- Altay, Anlam Sıtkı. “Yargıtay Kararları Işığında Yönetim Kurulu Üyelerinin Sorumluluğunda Doğrudan Sorumluluk Dolayısıyla Sorumluluk Ayrımına Bağlanan Hukuki Sonuçlar.” İçinde *Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu 7*. Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 2018, s. 69-97.
- Arslan, İbrahim ve Tüzemen Atik, Ebru. “Anonim Şirketlerde Yönetim Kurulu Aleyhine Sorumluluk Davası Açılması Kararı ve Açılacak Davada Şirketin Temsili”. *Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*. 2/2 (2016): s. 11-35.
- Bahtiyar, Mehmet. “Anonim Şirket Adına Yönetim Kurulu Üyelerine Karşı Açılacak Sorumluluk Davasında Genel Kurul Kararının Gerekli Olup Olmadığı Sorunu”. İçinde *Prof. Dr. Seza Reisoğlu Armağanı*. ed. Sabih Arkan, Korkut Özkorkut, İbrahim Bektaş ve İfakat Balık, Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 2016, s. 395-413.
- Bärtschi, Harald. “Die Klage aus unmittelbarem Schaden im Verantwortlichkeitsprozess.” İn *Verantwortlichkeit im Unternehmensrecht V*. ed. Rolf H. Weber ve Peter R. Isler. Zürich: Schulthess Verlag, 2010, s. 227-277.
- Bärtschi, Harald. “Rahmenbedingungen für die Verantwortlichkeitsklage eines Kleinaktionärs/I-II”. İn *Verantwortlichkeit im Unternehmensrecht VII*. ed. Rolf, Sethe ve Peter, Isler. Zurich: Schulthess Verlag, 2014, s. 39-81.
- Bärtschi, Harald. *Verantwortlichkeit im aktienrecht*. Zürich: Schulthess, 2001.
- Bozkurt, Yaşar Sevgi. “Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyeleri Aleyhine Şirket Adına Sorumluluk Davası Açılmasına Karar Vermeye Yetkili Organ”. *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*. 34/1 (2018): s. 137-168.
- Böckli, Peter. *Schweizer Aktienrecht*. Zürich: Schulthess, 2009.
- Buff, Felix ve von der Crone, Hans Casper. “Aktienrechtliche Verantwortlichkeit im Konkurs: Einschränkung der Klageberechtigung, Bundesgerichtsurteil 4A\_428/2014 vom 12. Januar 2015 (BGE 141 III 112)”. *Schweizerische Zeitschrift für Wirtschafts- und Finanzmarktrecht* (2015): s. 269-276.
- Can, Mehmet Çelebi. “Pay Sahiplerinin veya Alacaklıların Doğrudan Zararlarının Tazmini Amacıyla İkame Edilen Sorumluluk Davalarında TTK m. 1534’ün Etkisi”. *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*. 21/4 (2017): s. 3-32.
- Çamoğlu, Ersin. “Anonim Ortaklık Yönetim Kurulu Üyeleri Aleyhine Açılacak Sorumluluk Davasında Şirketin Temsili ve Ortaklığa Temsil Kayyımı Atanması”. İçinde *Serdar Özersin’e Armağan*. ed. İsmail Hakkı Özersin, Ankara: Adalet, 2017, s. 113-127.
- Çamoğlu, Ersin. *Anonim Ortaklık Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğu*. 3. Baskı. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2010.
- Çınar, Sevd Bora. “Anonim Şirketlerde Sorumluluk Davası Açılmasında Genel Kurul Kararı Alınmasının Gerekli Olup Olmadığı Üzerine Bir Değerlendirme”. *Turkish Academic Research Review*, 4/2 (2019): s. 235-258.
- Çiçekli, Ali Fuat. “Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerinin Sorumluluğu Kapsamında Doğrudan ve Yansıma Zarar (Özellikle Usûl ve Takip Hukuku Yönünden)”. *Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*. 2 (2022): s. 1067-1154.
- Dasser, Felix ve Roth David. “Ausgewählte prozessuale Aspekte bei gesellschaftsrechtlichen Verantwortlichkeitsklagen/IV”. in *Verantwortlichkeit im Unternehmensrecht VII*. ed. Rolf, Sethe ve Peter, Isler, Zürich: Schulthess Verlag, 2014, s. 274-296.



- Derungs, Merens ve von der Crone, Hans Casper. “Gläubigerschädigung und Aktienrechtliche Verantwortlichkeit”. *Schweizerische Zeitschrift für Wirtschafts- und Finanzmarktrecht*, 3 (2019): s. 321-331.
- Forstmoser, Peter, Meier-Hayoz, Arthur ve Nobel, Peter. *Schweizerisches Aktienrecht*. Bern: Stämpfli Verlag, 1996.
- Forstmoser, Peter. *Die aktienrechtliche Verantwortlichkeit*. 2. Auflage. Zürich: Schlthess Polygraphischer Verlag, 1987.
- Glanzmann, Lukas ve Wolf, Markus. “Haftung faktischer Organe für Schäden aus Konkursverschleppung”. in *Sanierung und Insolvenz von Unternehmen IX Neue Entwicklungen*, ed. Thomas Sprecher, Zürich: Schulthess Verlag, 2019, s. 21-45.
- Grieder, David. *Die Rechtsnatur der aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsklage*. Basel: Helbing Lichtenhahn Verlag, 2019.
- Handschin, Lukas. “Die Verantwortlichkeit des Verwaltungsrates ausserhalb des Konkurses seiner Gesellschaft.” in *Festschrift 100 Jahre Aargauischer Anwaltsverband*. ed. Aargauischer Anwaltsverband, Zürich: Schulthess Juristische Medien, 2005, s. 237-251.
- Helvacı, Mehmet. “Anonim Ortaklık Tarafından Yönetim Kurulu Üyelerine Karşı Açılacak Sorumluluk Davalarında Genel Kurul Kararının Gerekli Olup Olmadığı Sorunu”. İçinde *Yürürlüğünün 5. Yılında ve Yargıtay Kararları Işığında Türk Ticaret Kanunu Sempozyumu*, ed. Abuzer Kendigelen, M. Halil Çonkar, İbrahim Çağrı Zengin, Buğra Kesici, F. Pelin Tokcan ve Numan Sabit Sönmez, İstanbul: Onikilevha, 2018, s. 143-175.
- Helvacı, Mehmet. *Anonim Ortaklıkta Yönetim Kurulu Üyesinin Hukuki Sorumluluğu*. İstanbul: Beta Yayınları, 2001.
- Isler, Peter R. “Fragen der Aktiv- und Passivlegitimation in Verantwortlichkeitsprozessen.” in *Verantwortlichkeit im Unternehmensrecht IV*. ed. Rolf H. Weber ve Peter Isler, Zurich: Schulthess Verlag, 2008, s. 87-115.
- Jenny, Daniel. “Abwehrmöglichkeiten von Verwaltungsratsmitgliedern gegenden Vorwurf der Pflichtverletzung”. *Zeitschrift für Schweizerisches Recht*. 1 (2018): s. 151-179.
- Kälin, Oliver. “Und nochmals: Zur Rechtsnatur aktienrechtlicher Verantwortlichkeitsansprüche”. *Aktuelle Juristische Praxis/Pratique Juridique Actuelle*. 2 (2016): s. 135-144.
- Pulaşlı, Hasan. *Şirketler Hukuku Şerhi C. III*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2018.
- Raschein, Rolf. “Die Abtretung von aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsansprüchen im Konkurs”. in *Festschrift 100 Jahre SchKG*, Louis Dallèves et al. Zürich: Schulthess Polygraphischer Verlag, 1989, s. 357-367.
- Rauber, Georg. “Der mittelbare Gläubigerschaden — alte und neue Ungereimtheiten im Verantwortlichkeitsrecht”. in *Neues zum Gesellschafts- und Wirtschaftsrecht, Zum 50. Geburtstag von Peter Forstmoser*. ed. Walter R. Schlupe ve Peter Isler. Zürich: Schulthess Verlag, 1993, s. 157-171.
- Reiter, Matthew T., “Prozessrechtliche Probleme in Verantwortlichkeitsverfahren”. in *Verantwortlichkeit im Unternehmensrecht*. ed. Rolf H. Weber. Zürich, Schulthess Verlag, 2003, s. 165 vd.
- Suter, Claudia. *Der Schaden bei der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit*. Zürich: Dike Verlag, 2010.
- Şener, Oruç Hami. *Teorik ve Uygulamalı Ortaklıklar Hukuku*. Ankara: Seçkin, 2019.
- Umbach, Patrick ve Weber, Rolf H. “Schadensberechnung in Verantwortlichkeitsprozessen”. in *Verantwortlichkeit im Unternehmensrecht*. ed. Rolf H. Weber. Zürich: Schulthess Verlag, 2003, s. 111-137.
- von der Crone, Hans Casper, Carbonara, Antonio ve Hunziker, Silvia, *Aktienrechtliche Verantwortlichkeit und Geschäftsführung*. Basel: Beifheft 43 zur Zeitschrift für Schweizerisches Recht, 2006.

- von der Crone, Hans Casper ve Baum, Olivier. "Aktienrechtliche Verfahren: Klagemöglichkeiten und Klagerisiken". *Zeitschrift für Gesellschafts-und Kapitalmarktrecht*. 3 (2016): s. 278-299.
- Weber, Rolf H. "Beurteilung der neueren Rechtsprechung zur Verantwortlichkeit in Unternehmen". in *Verantwortlichkeit im Unternehmensrecht III*. ed. Rolf H. Weber. Zürich: Schulthess Verlag, 2006, s. 147-165.
- Yıldız, Şükrü. "Limited Ortaklıklarda Müdürlerin Sorumluluğu". *İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*. 2/24 (2013): s. 61-79.
- Yüce, Aydın Alber ve Köroğlu Emre. "Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğunda Yan-sıma Yoluyla Zarar". *Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi*. 8/2 (2022): s. 543-553.

# ELEKTRONİK TİCARET PAZAR YERİNDE ARACILIK SÖZLEŞMESİ

## INTERMEDIATION CONTRACT IN ELECTRONIC MARKETPLACE

Doç. Dr. Emel Badur\*

Kutluay Hatipoğlu\*\*

### ÖZ

Yasa koyucu tarafından 2022 yılında, Elektronik Ticaretin Düzenlenmesi Hakkında Kanun'da (ETDHK), 7416 sayılı Kanun aracılığıyla önemli değişiklikler gerçekleştirilmiş ve bu değişiklikler uyarınca Ticaret Bakanlığı tarafından Elektronik Ticaret Aracı Hizmet Sağlayıcı (ETAHS) ve Elektronik Ticaret Hizmet Sağlayıcılar (ETHS) Hakkında Yönetmelik çıkarılmıştır. Yapılan değişiklikler sonucunda e-ticaret pazar yeri kavramına, bu ortamda faaliyet gösteren taraflara ve taraflar arasındaki hukuki ilişkiye dair önemli düzenlemeler Türk Hukukuna dahil edilmiştir. Söz konusu değişikliğin önemli sonuçlarından biri de e-ticaret pazar yerinde faaliyet gösteren ETAHS ve ETHS arasında kurulan aracılık sözleşmesine dair bazı belirlemelerin yapılmış olmasıdır. Bu makalenin konusunu oluşturan aracılık sözleşmesi, e-ticaret pazar yerinde ETAHS ve ETHS arasında kurulan, isimsiz bir sözleşmedir. Aracılık sözleşmesinin, e-ticaret pazar yerinde ETAHS tarafından ETHS'ye sunulan aracılık hizmetinin kapsam ve koşullarının Yönetmelik'te belirlenen asgari içerik koşuluna uygun olarak yazılı veya elektronik ortamda düzenlendiği; sunulan hizmet karşılığında ETHS'nin ETAHS'ye bir bedel ödediği; tam iki tarafa borç yükleyen ve sürekli borç ilişkisi doğuran bir sözleşme olarak tanımlanması mümkündür.

**Anahtar Kelimeler:** Elektronik ticaret pazar yeri, elektronik ticaret aracı hizmet sağlayıcı, elektronik ticaret hizmet sağlayıcı, aracılık sözleşmesi, Elektronik Ticaretin Düzenlenmesi Hakkında Kanun.

\* Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı.

0000- 0002-5133-8541 badur@cankaya.edu.tr

\*\* Av. Ankara Barosu, Çankaya Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Ana Bilim Dalı Doktora Öğrencisi.

0000- 0002-9465-7358 kutluayhatipoglu@gmail.com



## ABSTRACT

In 2022, significant amendments were made to the Law on the Regulation of Electronic Commerce (LREC) through Law No. 7416 by the legislator, and pursuant to these amendments, the Regulation on Electronic Commerce Intermediary Service Providers (ECISP) and Electronic Commerce Service Providers (ECSP) was issued by the Ministry of Trade. As a result of these amendments, important regulations regarding the concept of e-commerce marketplace, the parties operating in this environment and the legal relationship between the parties were included in Turkish Law. One of the important consequences of this amendment is that some determinations have been made regarding the intermediation agreement between the ECISP and ECSP operating in the e-commerce marketplace. The intermediation contract, which is the subject of this article, is an anonymous contract between the ECISP and ECSP on the e-commerce marketplace. It is possible to define an intermediation contract as a contract in which the scope and conditions of the intermediation service provided by ECISP to ECSP on the e-commerce marketplace are regulated in writing or electronically in accordance with the minimum content conditions set out in the Regulation; ECSP pays a fee to ECISP in return for the service provided; and which creates a continuous debt relationship that imposes an obligation on both parties.

**Keywords:** Electronic commerce marketplace, electronic commerce intermediary service provider, electronic commerce service provider, intermediation contract, Law on the Regulation of Electronic Commerce.

## GİRİŞ

Elektronik ticarete (e-ticaret) bilgi ve iletişim teknolojisine dayanan altyapı zorunluluğu, bu teknolojiyi tesis ve temin eden e-ticaret ortam araçlarını doğurmuştur. Başlangıçta araçlar tarafından e-ticaret yapmak isteyen münferit taraflara çevrim içi mağaza ve satış teknik altyapısı kurmak üzerinden gerçekleştirilen aracılık faaliyeti; bu teknik yapının bir alışveriş merkezi mantığıyla bağımsız bir e-ortamda yapılandırılması ve platform adı verilen bu ortamın işletilmesi düşüncesiyle e-ticaret pazar yeri oluşumlarına dönüşmüştür.

Farklı yer ve sektörlerdeki alıcı ve satıcıların bir araya getirilerek çoklu etkileşim ticaretinin sağlanması, ürün bilgisi ve satış (veya hizmet) fiyatı olmak üzere tüm ticari bilgilerin şeffaf bir şekilde izlenebilmesi ve erişim sağlayan taraflara ait verilerin işlenmesi suretiyle uygulanan etkin pazarlama teknikleri bu platformları hızla popüler hale getirmiştir. Süreç içinde artan popülerlik, e-ticaret pazar yerlerinde yer almayı, işletmelerin e-ticaret yapmasına aracı olma konumundan öte; pazarda yer alabilme ve rekabet edebilmenin zorunlu koşulu yapmıştır.

E-ticaret pazar yerlerinde yer almanın bir rekabet koşulu vasfına erişmesi, bu platformların iş modelinin ölçek ve ağ etkisiyle her geçen gün daha da büyümesine ve e-ticaret hizmet sağlayıcılarının (ETHS), e-ticaret aracı hizmet sağlayıcıları (ETAHS) karşısındaki pazarlık gücünün azalmasına sebep olmaktadır. ETAHS'nin kendi mal veya hizmetlerini kayırma, ETHS'leri kampanyalı mal veya hizmet teminine zorlama, sıralama veya tavsiye sisteminde geriye düşürme gibi haksız ticari uygulamalara başvurdukları da artan bir sıklıkla gözlenmektedir.

Açıklanan nedenler, e-ticaretin yasal zemine oturtulması ve hukuki güvenliğinin sağlanması zorunluluğunu doğurmuş ve 01.05.2015 tarihinde yürürlüğe giren 6563 sayılı Elektronik Ticaretin Düzenlenmesi Hakkında Kanun'un (ETDHK) e-ticaret pazar yeri iş modelinin doğurduğu ve doğuracağı muhtemel sorunların önlenmesinde yetersiz kaldığı gözetilerek; “*e-ticarette haksız rekabetin ve tekelleşmenin önüne geçilmesi, pazara yeni aktörlerin girişinin kolaylaştırılması ve pazarın dengeli ve sağlıklı büyümesinin sağlanması amacıyla*”<sup>1</sup> 7416 sayılı Elektronik Ticaretin Düzenlenmesi Hakkında Kanunda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun<sup>2</sup> (7416 sayılı Kanun) ile ETDHK'da değişiklik yapılmıştır.

<sup>1</sup> “TBMM sıra no: 345 İzmir Milletvekili Hamza Dağ ve 11 Milletvekilinin Elektronik Ticaretin Düzenlenmesi Hakkında Kanunda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Teklifi (2/4528) ve Sanayi, Ticaret, Enerji, Tabii Kaynaklar, Bilgi ve Teknoloji Komisyonu Raporu”, erişim 01.08.2023. <https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem27/yil01/ss345.pdf>.

<sup>2</sup> 01.07.2022 kabul tarihli 7416 sayılı Elektronik Ticaretin Düzenlenmesi Hakkında Kanunda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun 07.07.2022 tarih ve 31889 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır Söz konusu değişiklik, ana muhalefet partisi milletvekilleri tarafından Anayasa'ya aykırılık iddiasıyla Anayasa Mahkemesine taşınmıştır. “2022 Yılında Açılan İptal ve İtiraz Davaları - Anayasa Mahkemesi”, [https://www.anayasa.gov.tr/media/8580/2022\\_iptalitiraz.docx](https://www.anayasa.gov.tr/media/8580/2022_iptalitiraz.docx) erişim 12.08.2023. 08.09.2022 tarihli Anayasa Mahkemesi Genel Kurulunda 2022/109 esas sayılı dosya yönünden esasın inceleme ile yürürlüğün durdurulması talebinin esas inceleme aşamasında karara bağlanmasına karar verilmiştir. Üç dava dosyası 2022/109 esas sayılı dava dosyası kapsamında birleştirilmiştir. Erişim 08.08.2023, <https://www.anayasa.gov.tr/tr/mahkeme-gundemi/genel-kurul/8-eylul-2022-genel-kurul-gundemi-ve-sonuclari/>.

7416 sayılı Kanun ile “*e-ticaret pazar yeri*” “*e-ticaret aracı hizmet sağlayıcı (ETAHS)*”, “*e-ticaret hizmet sağlayıcı (ETHS)*”, “*e-ticaret bilgi sistemi*”, “*net işlem hacmi*” ve “*ekonomik bütünlük*” kavramlarının yasal tanımları yapılarak, bu pazar yerinde faaliyet gösteren aktörlerin hak, yükümlülük ve sorumlulukları belirlenmiştir. Ayrıca yasada yer alan ölçekleri aşan nitelikteki pazar yerini işleten ETAHS ve ETHS'lere 01.01.2025 tarihinden itibaren, Kanununun Ek 3. ve Ek 4. maddeleri kapsamında e-ticaret lisansı alma ve faaliyetleri süresince yenileme yükümlülüğü getirilmiştir.

7416 sayılı Kanun'un Ek 1. maddesiyle ETAHS tarafından “*ETHS'nin ticari faaliyetlerini önemli ölçüde bozan, makul karar verme yeteneğini azaltan veya belirli bir kararı almaya zorlayarak, normal şartlarda taraf olmayacağı bir ticari ilişkinin tarafı olmasına sebep olan uygulamaların haksız ticari uygulama olduğu*” düzenlenmiş ve yaptırıma bağlanmıştır<sup>3</sup>.

Elektronik Ticaret Aracı Hizmet Sağlayıcı ve Elektronik Ticaret Hizmet Sağlayıcılar Hakkında Yönetmelik<sup>4</sup> (bundan sonra sadece Yönetmelik olarak anılacaktır) ile 23.10.2014 tarihli Elektronik Ticarete Hizmet Sağlayıcı ve Aracı Hizmet Sağlayıcılar Hakkında Yönetmelik<sup>5</sup> yürürlükten kaldırılmış ve ETDHK'da düzenlenmiş olan maddelerin uygulanmasına

06.07.2023 tarihinde Ticaret Bakanı ve uygun bulacakları yetkililer ile diğer ilgililerin sözlü açıklamalarının dinlenmesi gündemiyle toplanan Anayasa Mahkemesi Genel Kurulu, müteakiben 13.07.2023 tarihinde gerçekleşen Genel Kurul'da dosyayı görüşmüş ve ancak sonucu <https://www.anayasa.gov.tr/tr/mahkeme-gundemi/genel-kurul/13-temmuz-2023-genel-kurul-gundemi-ve-sonuclari/> linkinde açıklanmamıştır. Ancak basın kuruluşları, Anayasa Mahkemesi'nin iptal ve yürütmenin durdurulması talebi hakkında red kararı verdiği yönünde yayın yapmışlardır. Erişim 12.08.2023, <https://www.aa.com.tr/tr/gundem/anayasa-mahkemesi-e-ticaret-kanununun-bazi-hukumlerinin-iptali-istemini-reddetti/2945219>, erişim 12.08.2023.

<sup>3</sup> Kanun'un değişiklik gerekçesi “E-ticarette haksız rekabetin ve tekelleşmenin önüne geçilerek pazara yeni aktörlerin girişinin kolaylaştırılması ve pazarın dengeli ve sağlıklı büyümesinin sağlanması amacı” ile açıklanmışsa da değişiklik Kanunla getirilen düzenlemelerin asıl olarak e-ticaret pazar yerinde aracılık hizmeti sunan ETAHS ile ETHS'ler arasındaki ilişkide haksız ticari uygulamaların önlenmesine yönelik kurallar niteliğinde olduğu ve platformlar yoluyla pazardaki genel rekabeti bozucu sonuçların -haksız ticari uygulamalarla sınırlı olarak- önlenmeye çalışıldığı görülmektedir. “7416 Sayılı Kanun Genel Hakkında Bilgiler”, erişim 01.08.2023. <https://mevzuat.tbmm.gov.tr/Kanun/KanunDetay?YasamaKanunId=f72877c1-b696-037b-e050-007f01005610&kanun-Numarasi=7416#step-2>.

<sup>4</sup> 29.12.2022 tarih ve 32058 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan Yönetmelik, 35. maddesinde sayılan 18, 28, 29, 21 ve 31/5. maddeleri dışında 01.01.2023 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Ancak 24.01.2023 tarihinde Danıştay 10. Dairesi'nin 2023/465 E. sayılı dosyasında Yönetmeliğin iptali ve yürürlüğünün durdurulması talep olunmuştur. Anılan Daire 08.05.2023 tarihli kararlarıyla Yönetmeliğin “2. maddesinin 2. fıkrasının, 4. maddesinin 1. fıkrasının (d), (f), (g), (h), (o), (p) bentlerinin, 6. maddesinin 3. fıkrasının, 10, 12, 13, 14, 15, 16, 17, 19, 24, 25, 26, 27, 28, 29, 30. maddelerinin tamamının, 31. maddesinin 1, 2, 3, 4, 6 ve 7. fıkralarının ve 33. maddesinin, Dairemizin 08/05/2023 tarih ve E:2023/465 sayılı ara kararına Anayasa Mahkemesinden cevap geldikten sonra Dairemizce bu konuda yeniden bir karar verinceye kadar YÜRÜTÜLMESİNİN DURDURULMASINA, anılan Yönetmeliğin 18. maddesinin 3. fıkrası, 21. maddesi ve 31. maddesinin 5. fıkrasına yönelik yürütmenin durdurulması isteminin ise ANAYASA MAHKEMESİ TARAFINDAN ARA KARARINA CEVAP VERİLDİKTEN SONRA İNCELENMESİNE, Anayasa Mahkemesinin ara kararına cevabının en geç 01/07/2023 tarihine kadar beklenmesine” karar vermiştir. <https://www.lexpera-com-tr.eu1.proxy.openathens.net/ictihat/danistay/10-d-e-2023-465-k-yd-r-8-5-2023>, erişim 12.08.2023. Bu karara karşı Danıştay İdari Dava Daireleri Genel Kurulu'na itiraz edilmiş olup, 2023/549 E. sayılı dosyada görülen itiraz karar aşamasındadır. [http://vatandas.uyap.gov.tr/danistay/portal\\_baslangic.uyap?param=user](http://vatandas.uyap.gov.tr/danistay/portal_baslangic.uyap?param=user), erişim 12.08.2023.

<sup>5</sup> 23.10.2014 tarihli ve 6563 sayılı Elektronik Ticaretin Düzenlenmesi Hakkında Kanuna dayanılarak hazırlanmış olan Yönetmelik, 26.08.2015 tarih ve 29457 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak aynı tarihte yürürlüğe girmiş ve 29.12.2022 tarihinde yürürlükten kalkmıştır.

ilişkin hükümler yanında; ETDHK’da anılmış olmakla birlikte, tanımlanmamış olan *aracılık sözleşmesine* ilişkin düzenlemeler getirilmiştir.

Bu makalenin amacı, yukarıda kısaca anılan yasal düzenlemelerle Türk Hukuku’na kazandırılan e-ticaret pazar yeri kavramının ve ETAHS ile ETHE’ler arasındaki hukuki ilişkinin temelini oluşturan aracılık sözleşmesinin unsurları ve hukuki niteliği itibarıyla incelenmesidir. Zira ETDHK kapsamında bir aracılık sözleşmesinden söz edilebilmesinin ön koşulu, bu sözleşmenin bir e-ticaret pazar yerinde yer almaya ilişkin olarak ve söz konusu pazar yerinin sağlayıcısı olan ETAHS ile pazar yerinde yer almak isteyen ETHE arasında kurulmasıdır. Bu nedenle makale, ilki e-ticaret pazar yeri ve ikincisi de aracılık sözleşmesi olan iki temel bölüme ayrılarak kaleme alınmıştır.

## I. ELEKTRONİK TİCARET PAZAR YERİ

ETDHK’nın 2/1/a maddesinde tarafların “fiziki olarak karşı karşıya gelmeksizin, elektronik ortamda gerçekleştirilen çevrim içi iktisadi ve ticari her türlü faaliyetini” ifade edecek şekilde tanımlanan “Elektronik ticaret” (e-ticaret), günümüzde “ticaret ve dağıtımın yeni iş modelleri ile tekrar şekillendiği bir düzen içerisinde yürümektedir”<sup>6</sup>. E-ticaret geniş anlamda, ürün ve hizmet satışı, para transferi, çevrim içi pazarlama faaliyetleri, veri toplama ve toplanan verinin işlenmesi gibi elektronik ağ üzerinden gerçekleştirilen tüm ticari faaliyetleri ifade edecek şekilde tanımlanmaktadır<sup>7</sup>. Rekabet Kurumu, E-pazaryeri Sektör İncelemesi Nihai Raporunda<sup>8</sup> kavramı, “satıcılar ve alıcılar/tüketicilerin yanı sıra, potansiyel reklam verenler gibi farklı kullanıcı gruplarını bir araya getiren ve bu gruplar arasındaki işlemlere aracılık eden veya bu işlemleri kolaylaştıran çok taraflı platformlar” ifadesiyle açıklığa kavuşturmuştur.

Dar anlamda e-ticaret tanımında ise alıcı grubu tüketicilerle sınırlandırılmakta ve sadece çevrim içi satış kanalları üzerinden ürün ve hizmet sunumunun gerçekleştirilmesi kapsama dahil edilmektedir. Yani geniş anlamda e-ticaretin kapsamına sosyal ağlar, arama motorları ve e-ticaret platformu olarak nitelendirilen e-pazar yerleri, çevrim içi konaklama rezervasyon hizmeti sunan platformlar veya yemek sipariş platformları gibi muhtelif platformlar da

<sup>6</sup> N.Kutluay Hatipoğlu, “Bilgi ve İletişim Teknolojileri Sektöründe Rekabeti Kısıtlayıcı Anlaşmalar” Yüksek Lisans tezi, Çankaya Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2020, s. 143; N.Kutluay Hatipoğlu, “Bilgi ve İletişim Teknolojileri Sektörünün Ekonomik Özellikleri ve Rekabet”, *Rekabet Derneği Rekabet Forumu* 137 (2020): s. 14, <https://www.rekabetderneği.org/dosyalar/OAD1613166259.pdf>. Erişim 08.08.2023.

<sup>7</sup> Bu platformların temel amacının, birden fazla ticari aktörün gereksinim duyduğu pazar yerinin ve müşteri kitlelerinin sağlanması hizmetinin sunulması suretiyle çevrimiçi ortamlarda bir araya getirmesi olduğu ifade edilmiştir. David S. Evans, “Multisided Platforms, Dynamic Competition, and the Assessment of Market Power for Internet-Based Firms”, *University of Chicago Coase-Sandor Institute for Law & Economics Research Paper* No. 753, (March 10, 2016): 6, erişim 05.08.2023, <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2746095>.

<sup>8</sup> Can Sarıççek vd., E-pazaryeri Platformları Sektör İncelemesi Nihai Raporu (Ankara: Rekabet Kurumu, Nisan 2022): 168, erişim tarihi: 01.08.2023, <https://www.rekabet.gov.tr/Dosya/sector-raporlari/e-pazaryeri-si-raporu-pdf-20220425105139595-pdf>.



girmektedir.<sup>9</sup> Bu kapsamda e-ticaret pazar yerleri için farklı ürün ve hizmetlerin sunum, satış ve tanıtımının yapıldığı “*sanal ticaret merkezleri*” ifadesi de kullanılmaktadır<sup>10</sup>.

Geleneksel ticarete yer alan işyeri veya dükkanlar, e-ticarete, internet üzerinden ürün ya da hizmet satışının yapıldığı web siteleri ve uygulamalar aracılığıyla işletilen sanal mağazalar olarak şekillenmiştir. Geleneksel ticaretteki alışveriş merkezlerinin, e-ticaretteki izdüşümü ise e-ticaret pazar yeri platformlarıdır. Bu oluşumların geleneksel ticaret yerlerinden farklılaştığı nokta, alıcı ve satıcıların karşı karşıya gelmesinin bir web sitesi veya taraflar arasında etkileşimi sağlayan bir elektronik kanal ya da e-pazar yeri platformları şeklindeki elektronik ortamlarda gerçekleşmesidir. Tarafların elektronik ortamda bir araya gelmeleri sonucunda, aralarındaki ticari ilişki de elektronik araçlarla gerçekleşmektedir.

7416 sayılı Kanun’un 2. maddesiyle, ETDHK kapsamında e-ticaret pazar yerinin, aracılık sözleşmesinin taraflarını oluşturan ETAHS ve ETHE’nin yasal tanımları yapılmış ve bu taraflara ek yükümlülük ve sorumluluklar getirilmiştir. ETDHK kapsamında öngörülen hak, yükümlülük ve yaptırımlarının konusu olan tarafların belirlenmesi ve aracılık sözleşmesinin incelenebilmesi için öncelikle e-ticaret pazar yerinin yasal unsurlarıyla birlikte tanımlanması gerekmektedir.

#### A. TANIMI

7416 sayılı Kanun’un 2. maddesiyle ETDHK’ya eklenen 2/1/h maddesinde e-ticaret pazar yerinin<sup>11</sup> yasal tanımı “*e-ticaret aracı hizmet sağlayıcının aracılık hizmetlerini sunduğu e-ticaret ortamı*” ifadesi kullanılarak yapılmıştır. Yasa koyucu tarafından benimsenen ifadeden, ETDHK’nın 2/1/f maddesinde yasal tanımına yer verilen “*e-ticaret aracı hizmet sağlayıcı*”<sup>12</sup> ve ETDHK’nın 2/1/ğ maddesinde yasal tanımı yapılan “*e-ticaret ortamı*”<sup>13</sup> terimlerinin kullanılması suretiyle dar bir tanımın tercih edildiği görülmektedir. Bu terimlerin de tanıma dahil edilmesi suretiyle ve yasa koyucunun çizdiği sınırlar çerçevesinde e-ticaret pazar yerinin

<sup>9</sup> Cihan Doğan, *Rekabet Hukuku ve İktisadi Bağlamında Dijital Platformlar*, İstanbul: Oniki Levha Yay., 2021, 16. Benzer bir tanım “Elektronik ticaret genel olarak, birey ya da kurumların telekomünikasyon bağlantıları vasıtasıyla, açık ya da kapalı ağlar üzerinden gerçekleştirdiği; metin, ses ve görüntü biçimindeki sayısallaştırılmış verilerin, elektronik ortamda işlenmesi, saklanması, iletilmesi esasına dayanan işlemler bütünü olarak tanımlanmaktadır.” ifadesiyle yapılmıştır. Sinan Sami Akkurt, “Elektronik Ortamda Hizmet Sunumu ve Buna İlişkin Sözleşmelerin Hukuki Niteliği”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 60(1) (2011) s. 22; Mehmet Emin Bingöl, “E-Ticaret Platformları Lehine Öngörülen En Çok Kayrılan Müşteri Kayıtlarının Rekabet Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 72(1) (2023), s. 1.

<sup>10</sup> Şerafettin Ekici, “B2C Elektronik Ticarete Sanal Pazar Yerinin Hukuki Durumu”, *İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 5(2020): 218; Aysel Demirel, *Elektronik Ticaretin Düzenlenmesi Hakkında Kanun Çerçevesinde Elektronik Pazar Yeri Sözleşmesi*, Ankara: Seçkin, 2023, s. 44.

<sup>11</sup> Elektronik ticaret pazar yeri terimi e-ticareti düzenleyen mevzuatta ilk olarak, 29.12.2022 tarihinde yürürlükten kaldırılmış olan Elektronik Ticarete Hizmet Sağlayıcı ve Aracı Hizmet Sağlayıcılar Hakkında Yönetmeliğin 6/1. maddesinde kullanılmıştır. Söz konusu maddede “Alıcı ve hizmet sağlayıcı arasında alım satım işleminin yapıldığı elektronik ticaret pazar yerlerini işleten aracı hizmet sağlayıcılar, kendileriyle ilgili olarak 5. maddenin birinci ve ikinci fıkralarındaki yükümlülükleri aynı usulle yerine getirir.” ifadesiyle yer alan düzenlemede, e-ticaret pazar yerinin “alıcı ve hizmet sağlayıcı arasında alım satım işleminin yapıldığı yer” olarak nitelendiği görülmektedir.

<sup>12</sup> ETAHS, ETDHK’nın 2/1/f maddesinde “Elektronik ticaret pazar yerinde elektronik ticaret hizmet sağlayıcıların mal veya hizmetlerinin teminine yönelik sözleşme yapılmasına ya da sipariş verilmesine imkân sağlayan aracı hizmet sağlayıcı” şeklinde tanımlanmaktadır.

<sup>13</sup> E-ticaret ortamı, ETDHK’nın 2/1/ğ maddesinde “Elektronik ticaret faaliyetinde bulunulan internet sitesi, mobil site veya mobil uygulama gibi platformları” şeklinde tanımlanmaktadır.

“ETAHS tarafından ETHS’lerin mal veya hizmetlerinin teminine yönelik sözleşme yapılmasına ya da sipariş verilmesine imkân sağlayan aracılık hizmetinin sunulduğu, e-ticaret faaliyeti içinde bulunan internet sitesi, mobil site veya mobil uygulama gibi platformlarda sunulan ticaret ortamı” şeklinde tanımlanması mümkündür.

ETDHK’nın 2/1/h maddesinde yer alan tanımla e-ticaret pazar yeri, e-ticaretin yürütüldüğü diğer e-ticaret ortamlarından farklılaştırılmıştır. Bu farklılık e-ticaretin yürütüldüğü ortamın ETAHS tarafından aracılık hizmetinin sunulduğu elektronik ortam olarak, **aracılık hizmeti** ve **aracılık hizmeti sunan ETAHS’nin varlığı** unsuruyla ayırt edilmiş olmasıdır. Bu farklılaştırmanın isabetli olduğu düşünülmektedir. Zira e-ticaret pazar yeri teknik anlamda bir çevrim içi platform ise de bu elektronik ortam sadece bilgi ve veri paylaşımı yapılan elektronik ortamdan ibaret olmayıp, bu ortamlara göre çok daha gelişmiş ve karmaşık teknolojik alt yapı ve özellikler içeren bir iş modelidir.

Platform iş modeli olarak da ifade edilen bu yapının ayırt edici özelliği, birden fazla ve farklı ürün/hizmet arz kaynağı konumunda olan ETHS’lere yer sağlanması yanında birden fazla ve farklı ürün ve hizmet talep kaynağı konumunda olan alıcıların platforma çekilmesi yoluyla ağ etkisi yaratacak şekilde etkileşim sağlanması ve bu ağ etkisinin yarattığı faydanın platformun bünyesinde gerçekleşmesi suretiyle platformun ticari büyüklüğü ve rekabet gücünün artmasıdır<sup>14</sup>. Bu kapsamda platformların marka değerinin olduğunun da söylenmesi mümkündür.

Milyonlarca müşteri, satıcı ve ürün bilgisinin depolandığı yüksek hacimli bir veri tabanı, aynı anda milyonlarca ürünün aranabileceği veya satış işleminin yapılmasına olanak veren yüksek trafik performansı, başta müşteri bilgisi olmak üzere bilgi güvenliğinin sağlanmasına yönelik teknik özellikler e-ticaret pazar yeri platformlarını, diğer e-ticaret ortamlarından farklılaştıran ve nitelikli bir barındırma işlevi görmesi gerekliliğini ortaya koyan (bu niteliğiyle de diğer e-ticaret ortamlarına göre farklı yasal düzenlemelere tabi olmasını gerektiren) özelliklerdir.<sup>15</sup>

Yasa koyucu tarafından yapılan tanımda, e-ticaret pazar yerinin teknik gerekliliklerine ve özelliklerine yer verilmediği görülmektedir. Yasal düzenleme bu yönüyle yasa teklif metninde<sup>16</sup> örnek olarak gösterilen Avrupa Birliği (AB) mevzuatından farklılaşmaktadır. AB Parlamentosu ve Konseyi’nin 19.10.2022 tarihli ve 2022/2065 sayılı Dijital Hizmetlerde Tek Pazar Tüzüğü’nün<sup>17</sup> (DSA) 3/i maddesinde “çevrim içi platform” tanımı “başka bir hizmetin cüzi

<sup>14</sup> Can Sarıççek vd., *Rekabet Kurumu E-pazaryeri Platformları Sektör İncelemesi Nihai Raporu*, 168.

<sup>15</sup> Örneğin bir kozmetik üreticisinin sadece kendi ürünlerini sattığı internet sitesi veya uygulaması, ETDHK’nın kapsamında bir e-ticaret pazar yeri olarak nitelenemez. Bu satışı yapan kozmetik üreticisi de ETHS sıfatını kazanmaz. Buna karşılık aynı üreticinin aynı ürünleri satmak için, bir ETAHS tarafından aracılık hizmetinin sunulduğu elektronik ortamı tercih etmiş olması durumunda, hem kendisi ETHS sıfatını kazanacak hem de ETDHK’nın kapsamında e-ticaret pazar yerinde faaliyet gösterir hale gelecektir.

<sup>16</sup> “TBMM sıra no: 345 İzmir Milletvekili Hamza Dağ ve 11 Milletvekilinin Elektronik Ticaretin Düzenlenmesi Hakkında Kanunda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Teklifi (2/4528) ve Sanayi, Ticaret, Enerji, Tabii Kaynaklar, Bilgi ve Teknoloji Komisyonu Raporu”, 10.

<sup>17</sup> 2022/2065 sayılı Tüzük, AB nezdinde Dijital Hizmetler Yasası (Digital Services Act) olarak isimlendirilmekte ve DSA kısaltması ile anılmaktadır. Bu nedenle söz konusu Tüzüğün makalede de “DSA” olarak isimlendirilmesi tercih olunmuştur. DSA’nın 92. maddesi uyarınca DSA kural olarak, 17.02.2024 tarihinden itibaren uygulanacak

ve yardımcı özelliği veya asli hizmetin tali bir fonksiyonu niteliğinde olmadığı; objektif ve teknik olarak diğer hizmet dışında kullanılmadığı ve bu özelliğin diğer hizmete entegrasyonu, Tüzüğün uygulanabilirliğini dolanmak için bir araç olmadığı sürece, hizmet alıcısının talebi üzerine, bilginin depolanması ve kamuya yayılmasını sağlayan bir barındırma hizmeti” ifadeyle yapılmıştır.

DSA’da benimsenen tanımdan da görüleceği üzere, AB Mevzuatında çevrim içi platform, teknik işlev temelinde ve işlevsel özellikleriyle beraber bir barındırma hizmeti olarak tanımlanmıştır. Buna karşılık ETDHK kapsamında yapılan e-ticaret pazar yeri tanımında, ETAHS’nin aracılık hizmeti sunduğu e-ticaret ortamı belirlemesi dışında bir teknik özellik yer verilmediği görülmektedir. Türk Mevzuatında e-ticaret pazar yerinin ETAHS, aracılık hizmeti ve e-ticaret ortamına vurgu yapılarak kavramın içermesi gereken asgari unsurları temelinde tanımlandığını söylemek mümkündür.

E-ticaret pazar yeri Rekabet Kurumu tarafından hazırlanan konuya ilişkin bir Raporda<sup>18</sup>, “doğrudan birbirlerini bulmaları maliyetli olan müşteri gruplarını bir araya getirerek bu gruplar arasındaki alışverişlerin işlem maliyetini düşürmekte, böylelikle bağımsız olan talep kaynaklarının birbirine ulaşmasını ve birbirleriyle etkileşime geçmesini kolaylaştırmakta, bu etkileşim dolayısıyla kullanıcılar nezdinde yaratılan faydayı ise, başta komisyon olmak üzere satıcılardan elde ettiği çeşitli gelirlerle bünyesinde tutmaktadır.” ifadesiyle işlevsel açıdan açıklanmıştır.

## B. UNSURLARI

E-ticaret pazar yerinin unsurlarının belirlenmesi, bu platformların hem ETDHK kapsamında ETAHS ve ETHS’ler hakkında getirilen düzenlemelere tabi olup olmadığının belirlenmesi; hem de kavramın ve kapsamının diğer e-ticaret platformlarından ayırt edilmesi açısından hukuki önem taşır. ETDHK’da e-ticaret pazar yerinin unsurları açıkça düzenlenmemiş olup, e-ticaret pazar yeri tanımından hareketle kavramın unsurlarının tespit edilmesi mümkündür.

ETDHK’nın 2/1/h maddesinde kullanılan “e-ticaret aracı hizmet sağlayıcısının aracılık hizmetlerini sunduğu e-ticaret ortamı” ifadesinden hareketle ETDHK kapsamında e-ticaret pazar yerinin yasal unsurlarını, e-ticaret ortamı ve bu ortamda ETAHS’nin aracılık hizmeti sunması şeklinde düşünmek mümkündür. Ancak bu belirleme ETHE ve alıcı unsurlarını içermemesi nedeniyle eksik, hatta hatalı olacaktır. Zira mal ve hizmet satışı yapmak amacıyla olan ETHE ile satın almak amacıyla olan alıcı/müşteri grubunun olmadığı bir platformda ticari ve iktisadi faaliyetten söz edilemeyecek; ETAHS’nin mal ve hizmet satışına aracılık etmek şeklinde gerçekleştirdiği bir hizmet de söz konusu olmayacaktır.

olmakla birlikte 24/2, 3 ve 6, 33/3-6, 37/7, 40/13, 43. maddeleri ve 4, 5 ve 6. Bölümleri 16.11.2022 tarihinden itibaren uygulanmaya başlanmıştır. Regulation (EU) 2022/2065 of The European Parliament and of The Council of 19 October 2022 on a Single Market For Digital Services and amending Directive 2000/31/EC (Digital Services Act) Official Journal of the European Union L 277/1 (27.10.2022), erişim 18.06.2023, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32022R2065&qid=1687259362105>; İpek Çevik, “Avrupa Birliği Dijital Hizmetler Yasası’nın Değerlendirmesi”. *Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi* 2 (2023), s. 415.

<sup>18</sup> Sarıççek vd., *Rekabet Kurumu E-pazaryeri Platformları Sektör İncelemesi Nihai Raporu*, 170.

ETAHS, ETHS ve alıcı şeklinde çoklu tarafların olmadığı bir e-ticaret ortamı, görüntü itibariyle pazar yeri modeliyle kurgulansa da ETDHK anlamında bir e-ticaret pazar yeri oluşumuna vücut vermeyecektir. Örneğin farklı ürün veya hizmetlerin başka taraflardan tedarik edilerek satıldığı e-ticaret ortamları veya her ne büyüklükte olursa olsun teşebbüslerin çevrim içi satış mağazaları, ETHS ile alıcılar arasında mal ve hizmet satışına ilişkin hukuki ilişkinin kurulmasına aracılık eden ETAHS'nin olmaması nedeniyle ETDHK kapsamında e-ticaret pazar yeri sayılmayacaktır. Ayrıca sadece ürün tanıtımının yer aldığı e-ticaret platformları da satıcı konumunda ETHS'nin mevcut olmaması sebebiyle ETDHK anlamında e-ticaret pazar yeri oluşturmaz<sup>19</sup>.

Netice itibariyle ETDHK kapsamında e-ticaret pazar yerinden söz edilebilmesi için aşağıda sayılan unsurların hepsinin bir arada mevcut olması şarttır. Bu unsurlar:

\* Çevrim içi iktisadi ve ticari nitelikte faaliyette bulunulan internet sitesi, mobil site veya mobil uygulama gibi platform vasfında bir e-ticaret ortamı,

\* Elektronik ticaret ortamında mal ve hizmet sağlanmasına ilişkin sözleşme yapan veya sipariş alan birden çok ETHS'nin varlığı,

\* E-ticaret pazar yerinde ETHS'nin mal veya hizmetlerinin sağlanmasına ilişkin sözleşme yapılmasına ya da sipariş verilmesine elektronik teknik imkân sağlayan ETAHS'nin varlığı,

\* Müşteriler ve/veya alıcıların varlığı ve

\* ETAHS tarafından aracılık hizmetinin sunulması olarak başlıklandırılabilir.

### 1. Çevrim İçi Nitelikte Faaliyette Bulunulan E-ticaret Ortamı

E-ticaret pazar yeri teknik anlamda elektronik ortamda ticaret yapılması temeline dayanır. E-ticaret ortamı, ETDHK'nın 2/1/ğ maddesinde “E-ticaret faaliyetinde bulunulan internet sitesi, mobil site veya mobil uygulama gibi platformlar” şeklinde tanımlanmıştır. Söz konusu düzenlemede kullanılan “internet sitesi, mobil site ve mobil uygulamalar” ifadesi, eklenen “gibi” bağlacından da açıkça anlaşılabilen üzere örnekleme amacıyla anılmışlardır.

Platform, bilgi ve iletişim teknolojileri sektöründe kullanılan Fransızca kökenli bir terim olup, Türkçe karşılığı “ortamdır”<sup>20</sup>. Dolayısıyla platform kelimesiyle ETK'nın 2/1/ğ bendinde yapılan tanımlı somutlaştırmak adına örnekleme yoluyla sayılan elektronik ortamlar haricindeki diğer çevrim içi elektronik ortamların kastedildiği düşünülmektedir.

ETDHK kapsamında bir e-ticaret ortamından bahsedilebilmesi için internet sitesi, mobil site veya mobil uygulama gibi platformlar şeklinde yapılanmış elektronik ortamların aynı zamanda e-ticaret faaliyetinde bulunulan yer vasfında olması gerekir. E-ticaret ETDHK'nın

<sup>19</sup> Kerem Cem Sanlı, “Elektronik Ticaretin Düzenlenmesi Hakkında Kanun'da 7416 Sayılı Kanun ile Yapılan Değişikliklerin Rekabet Politikası Açısından Değerlendirilmesi I: Kanun'daki Temel Kavramlar ve Haksız Ticari Uygulamalar”, *Legal Hukuk Dergisi* 21(245) (2023), s. 1719.

<sup>20</sup> Bilgi ve İletişim Teknolojileri Kurumu, “Bilgi ve İletişim Teknolojileri Terimleri Kılavuzu”, 107, erişim 03.12.2022. <https://www.btk.gov.tr/uploads/pages/slug/kilavuz.pdf>.

2/1/a maddesinde, “Fiziki olarak karşı karşıya gelmeksizin, elektronik ortamda gerçekleştirilen çevrim içi iktisadi ve ticari her türlü faaliyet” olarak tanımlanmıştır.

Tanımın daha anlaşılır kılınması için, “çevrim içi iktisadi ve ticari faaliyet”<sup>21</sup> kapsamının açıklığa kavuşturulması gerekmektedir. İktisadi faaliyet, gelir sağlamayı hedef alan iş ve işlemler anlamına gelmekte olup; ticari faaliyet ise kazanç sağlamak amacıyla mal ve hizmet başta olmak üzere ticaret mevkiine konu olabilecek unsurların ticaretine yönelik işlem ve faaliyetler olarak açıklanmaktadır. Öğretide<sup>22</sup>, elektronik ticaret tanımının yapıldığı ETDHK’nın 2/1-a maddesi düzenlemesinden hareketle iktisadi ve ticari her türlü faaliyet ifadesinden sadece platformlarda kurulan sözleşmelerin değil, bu platformlarda gerçekleştirilen reklam<sup>23</sup>, tanıtım vb. her türlü faaliyetin anlaşılması gerektiği belirtilmektedir.

E-ticaret ortamında yürütülen e-ticaret faaliyetinin ETAHS, ETHS veya her ikisi yönünden de mevcut olmasının gerekip gerekmediği düzenlemeden açıkça anlaşılammaktadır. Bu faaliyetin mevcut olup olmadığındaki belirleyici özne kanımızca, e-ticaret pazar yerinde aktif ticaret amacıyla olan -e-ticaret pazar yerinde alıcılara mal veya hizmet sağlamaya yönelik sözleşme yapma veya sipariş alma iradesini taşıyan- ETHS’lerdir. Zira ETHS’lerin olmadığı veya olup da ticari ve iktisadi faaliyet yürütmediği durumda ETDHK anlamında bir e-ticaret pazar yerinden söz edilemeyecektir. Salt ETAHS yönünden iktisadi veya ticari faaliyetten söz edildiği durum da ETDHK anlamında e-ticaret pazar yeri oluşumuna vücut vermeyecektir.

ETDHK’nın 2/1/g maddesinde yer alan ETHS tanımından hareketle, e-ticaret pazar yerine dahil olan ETHS’nin yürüttüğü iktisadi ve ticari faaliyetin şekli ve derecesi, e-ticaret pazar yerinde ya da ETHS’ye ait e-ticaret ortamında mal veya hizmetlerin alıcıya sağlanması amacıyla sözleşme yapmaya ya da sipariş almaya yönelik iktisadi ve ticari faaliyeti gerektirmektedir. ETHS’nin bu faaliyetini sadece e-ticaret pazar yeri platformunda ifa etmesi şart değildir. Kendisine ait e-ticaret ortamında da bu vasıfta iktisadi ve ticari faaliyet yürütmesi mümkün olduğu gibi; kendine ait e-ticaret sitesi (ve/veya uygulaması) olmaksızın sadece e-ticaret pazar yerinde bu kapsamda faaliyette bulunması da yeterlidir.

Bununla birlikte iktisadi ve ticari faaliyet terimleri geleneksel pazara ait faaliyet terimleri olup, elektronik ortamlarda iktisadi ve ticari faaliyet olarak değerlendirilmese de menfaat temini yaratan faaliyetlere de rastlanması mümkündür. Örneğin bedelsiz karşılaştırma hizmeti veya bedelsiz bilgi-müzik-oyun paylaşım siteleri gibi gerek ETHS ve gerekse ETAHS yönünden doğrudan kazanca dayalı bir faaliyetten bahsedilemeyen durumlarda; ETDHK kapsamında bir e-ticaret ortamından söz edilemeyeceği yönündeki yorum, halihazırda yeni ekonomi şeklinde tabir edilen ekonomik düzenin dijital ekonomik faaliyetlerinin göz ardı edilmesi

<sup>21</sup> Özlem Karaman Coşgun, “6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu’nda Teşebbüs Kavramı ve Tacir Sayılmasının Sonuçları”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi* 21(1) (2015), s. 118.

<sup>22</sup> Evans, “Multisided Platforms, Dynamic Competition, and the Assessment of Market Power for Internet-Based Firms”, 9; Ümit Gezder, “Elektronik Ticaret Hukuki İşlemlerinin Ayrımı-Dijital İçerik ve Hukuki Niteliği”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 22(3) (2016), s. 1121.

<sup>23</sup> Platformlarda sadece ETAHS ve ETHS’lerin değil; reklam verenlerin ve hatta müşterilerin yapmış oldukları ürün ve hizmet yorumlarının da önem taşıdığı yönünde bkz. Erman Ekingen ve Miray Özer Deniz, “7392 ve 7416 Sayılı Kanunlarla Yapılan Değişikliklerin Aracı Hizmet Sağlayıcı Olarak Çevrimiçi Çok Taraflı Platformların Sorumluluklarına ve Tüketicilere Etkileri”, *Adalet Dergisi* 2(69) (2022), s. 433.

sonucunu doğuracaktır. Zira mali açıdan doğrudan bir gelir elde etmese de pazar yerinin kullanıcılarının verilerini ve kullanıcı trafiğini kaydetmek suretiyle elde ettiği veri sahipliği durumu, hizmet sağlayıcı veya platform işleticisi yönünden dijital pazarda önemli bir kazanımdır<sup>24</sup>.

Bu nedenle e-ticaret ortamının unsuru olan “ticari ve iktisadi faaliyet” yerine yasa koyucunun “ekonomik yararı amaçlayan veya bu sonucu doğuran her türlü faaliyet” şeklinde “dijital ekonomik faaliyetleri”<sup>25</sup> de kapsar bir genel ifadeyi tercih etmesinin daha isabetli olacağı düşünülmektedir. Bu bakış açısıyla kısmen veya tamamen çevrim içi reklamcılıkla finanse edilen çevrim içi arama motorları, sosyal medya platformları, dijital içerik hizmet platformlarında reklam veren ETHS ve reklam geliri elde eden ETAHS yönünden gerçekleşen dijital ekonomik faaliyetler<sup>26</sup> de -gerçekleştirildikleri elektronik ortamların diğer unsurları da ihtiva etmesi koşuluyla- ETDHK kapsamında e-ticaret pazar yeri olarak kabul edilebilecektir.

## 2. Birden Çok ETHS'nin Varlığı

Her ne kadar e-ticaret pazar yeri tanımında açıkça zikredilmemişse de e-ticaret pazar yerinde aracılık hizmeti sunulan taraf olarak birden çok ETHS'nin varlığı şarttır. Zira ETDHK'nın 2/1/f maddesinde yer alan ETAHS tanımında kullanılan çoğul terim, e-ticaret ortamında birden çok ETHS'nin varlığı şartını gerektirmektedir. Bunun yanı sıra yasa koyucu ETDHK'nın 1/3. maddesinde, Kanun'da tarif edilen özellikleri haiz olsa da sayma yoluyla yer verdiği bazı kurum ve kuruluşların, ETHS sayılmayacağını düzenleyerek istisna hükmü ihdas etmiştir. Ancak ETHS, aracılık sözleşmesinin taraflarından birini oluşturduğu için bu kavram, aşağıda ilgili başlıkta ayrıntılı olarak incelenecektir.

## 3. ETAHS'nin Varlığı

E-ticaret pazar yerleri, alıcı ve satıcıların bir aracı tarafından çevrim içi ortamda dijital olarak bir araya getirilmesi suretiyle e-ticaretin gerçekleşmesini sağlayan bir iş modeli üzerine kurgulanmıştır. Bu nedenle e-ticaret pazar yerinin işleticisi olan ETAHS, e-ticaret pazar yerinin belirleyici unsurudur. ETAHS, aracılık sözleşmesinin taraflarından birini oluşturduğu için, aşağıda ilgili başlıkta ayrıntılı olarak incelenecektir.

<sup>24</sup> Nitekim rekabet hukuku yönünden platformların yarattığı rekabet endişelerinden birisi de verinin kullanımı yoluyla elde edilen gücün pazarda yarattığı rekabeti bozucu etkileridir. Esin Aygün v.dğr., Rekabet Kurumu Dijital Dönüşümü Rekabet Hukukuna Yansımaları, (Ankara: Rekabet Kurumu, Nisan 2022): 64, erişim 01.08.2023, <https://www.rekabet.gov.tr/Dosya/dijital-piyasalar-calisma-metni.pdf>.

<sup>25</sup> Dijital ekonomik faaliyet mal ve hizmet satışlarının yanı sıra, bilgi-müzik-resim-oyun paylaşım gibi içerik aktarımları, elektronik sözleşme ve toplantılar organizasyonu, elektronik para transferleri gibi insanların, cihazların, ilişkiye geçmesi suretiyle gerçekleştirilen faaliyetleri de içermektedir. Rumana Bukht ve Richard Heeks, “Defining and Conceptualizing and Measuring the Digital Economy”, *International Organisations Research Journal* 13(2) (2018), s. 143-172, erişim 50.08.2023, [https://www.researchgate.net/publication/327356904\\_Defining\\_Conceptualising\\_and\\_Measuring\\_the\\_Digital\\_Economy](https://www.researchgate.net/publication/327356904_Defining_Conceptualising_and_Measuring_the_Digital_Economy) !

<sup>26</sup> Necla Sümer Özdemir vd., *Çevrimiçi Reklamcılık Sektör İncelemesi Ön Raporu*, Ankara: Rekabet Kurumu, Nisan 2023, s. 168-170, erişim 01.08.2023, <https://www.rekabet.gov.tr/Dosya/1-cevrimici-reklamcilik-on-raporu.pdf>.



#### 4. Alıcılar ve/veya Müşterilerin Varlığı

ETDHK ve Yönetmelikte ETHS ile sözleşme ilişkisine giren taraf, söz konusu sözleşmenin içeriğine önem verilmeksizin “alıcı” olarak isimlendirilmiştir. Terimin tanımı Yönetmeliğin 4/1/a maddesinde “Elektronik ticarete konu mal veya hizmeti satın alan ya da satın alma amacıyla hareket eden gerçek veya tüzel kişi” ifadesiyle yapılmıştır. Buna karşılık alıcı terimi, satış sözleşmesinin taraflarından birini ifade ettiği ve ETHS ile bu taraf arasındaki sözleşmenin de satış ile sınırlı olmadığı göz önünde bulundurulduğunda; alıcı yerine müşteri teriminin kullanılmasının daha yerinde olduğu düşünülmektedir.

Genel olarak bir malı veya hizmeti talep eden<sup>27</sup> anlamına gelen “müşteri”, tüm pazarlama faaliyetlerinin odak noktasını oluşturmaktadır<sup>28</sup>. Bilgi ve iletişim teknolojisinin gelişimi ile birlikte müşteriler, edinmek istedikleri mal ve hizmetlere ilişkin bilgileri maliyetsiz ve çok kısa sürede araştırma kolaylığına kavuşmuş ve dünyanın pek çok yerindeki mal ve hizmetlere erişim sağlamıştır. Bu erişim sonucunda, müşterilerin ürün-fiyat şeffaflığı gibi bazı beklentileri, satıcılar üzerindeki etkinliğini artırmıştır.

Esasen bağımsız olan satıcı, sağlayıcı ve müşteriler gibi bağımsız talep kaynaklarının birbirine ulaşmasına ve birbirleriyle sözleşme ilişkisi kurmasına olanak sağlayan e-ticaret pazar yeri iş modelinde müşteriler, e-ticaret pazar yerinde farklı ve birçok sayıda satıcı ve ürüne dakikalar içerisinde erişebilmekte; satıcılar da geniş müşteri kitlelerine erişim imkânı elde etmektedir. E-pazar yeri müşterisi tüketici, üretici, tedarikçi, dağıtıcı, kiracı, satıcı, devlet veya lisans alan/veren gibi taraflar olabilir. Bu müşteriler bir satış sözleşmesine taraf oldukları zaman “alıcı” sıfatını kazanabilirken; eğer sunulan bir hizmetten (kıyafet temizleme veya badana vb.) faydalanıyorlarsa, sadece müşteri olarak da isimlendirilebilirler.

Müşteriler üyelik sözleşmesi veya kullanıcı kaydı oluşturarak bir yandan platform aracılığıyla sunulan aracılık hizmetlerinden faydalanmak üzere ETAHS ile -kullanıcı veya üye sıfatıyla- işgörüme amacı güden bir sözleşme ilişkisi içine girmekte; diğer yandan da mal ve/veya hizmet alımı için ETHS ile satış veya başka sözleşme ilişkileri kurmaktadır. Ancak ister müşteri ister alıcı olarak isimlendirilsinler, bu grup; aracılık sözleşmesinin tarafı değildir.

#### 5. Aracılık Hizmeti Sunulması

Aracılık hizmetinin ETDHK kapsamında tanımı yapılmamış olup; terim, Yönetmeliğin 4/1/b maddesinde “e-ticaret pazar yerinde e-ticaret işlemlerinin gerçekleştirilmesi ve siparişin teslimi amacıyla e-ticaret aracı hizmet sağlayıcı tarafından e-ticaret hizmet sağlayıcı veya alıcıya sunulan her türlü hizmet” ifadesiyle tanımlanmıştır<sup>29</sup>. Tanımdan hareketle aracılık hizmetini

<sup>27</sup> Rekabet Kurumu, *Rekabet Terimleri Sözlüğü* 6. Baskı (2019), s. 113, erişim 28.07.2023, <https://www.rekabet.gov.tr/Dosya/geneldosya/rk-terimleri-sozlugu-2018-pdf>.

<sup>28</sup> Derya Özilhan, “Müşteri İlişkileri Yönetimi (MİY) Uygulamalarının İşletme Performansına Etkileri”, *Gümüşhane Üniversitesi Sosyal Bilimler Elektronik Dergisi* 1 (2010), s. 21, erişim 28.07.2023, <https://dergipark.org.tr/en/download/article-file/84342>.

<sup>29</sup> Maddede kullanılan “Siparişin teslimi amacıyla sunulan hizmet” ifadesi, ETAHS’nin aracılık hizmetinin sadece siparişin teslimi amacıyla sunulan hizmetlerle sınırlı olduğu gibi bir anlama sebebiyet verse de Yönetmelik kapsamında aracılık hizmetini sunan taraf olan ETAHS’nin sipariş adımlarına yönelik birçok yükümlülüklerle tabi



ifa eden tarafın ETAHS ve hizmetin sunulduğu tarafların ETHS'ler ve/veya müşteri/alıcılar olduğu kolaylıkla söylenebilir.

Aracılık hizmetinin kapsamının ise e-ticaret pazar yerinde ETHS'lerin asgari alıcılarla mal ve hizmet tedarikine yönelik sözleşme yapma, sipariş almaya yönelik e-ticaret faaliyetlerini gerçekleştirmesine imkan sağlamak amacıyla ifa edilen her türlü elektronik işgörme edimi olarak çizilmesi mümkündür. Ayrıca aracılık hizmetinin sunulması, aracılık sözleşmesinin de asli edimini oluşturmaktadır. Ancak tanım, aracılık hizmetinin kapsamı yönünden birçok tartışmaya neden olabilecek mahiyettedir.

Bu bağlamda Yönetmelik maddesinde düzenlenen aracılık hizmetinin kapsamı ETDHK'nın 2/1/f maddesinde tanımlanan ETAHS'nin e-ticaret pazar yerinde “*e-ticaret pazar yerinde e-ticaret hizmet sağlayıcıların mal veya hizmetlerinin teminine yönelik sözleşme yapılmasına ya da sipariş verilmesine imkân sağlama*” şeklinde gördüğü aracılık işlevinden daha geniştir. Bir an için bu düzenlemeyle yasa koyucunun, ETAHS sayılmak için asgari işleve işaret ettiği ve ETAHS tarafından bu işlev dışında gerçekleştirilen faaliyetlerin Yönetmeliğin 4/1/b maddesiyle aracılık hizmetine dahil edildiği düşünülebilir de özellikle ETDHK kapsamında yer alan ETAHS ve e-ticaret pazar yeri tanımı ile yarattığı uyumsuzluk uygulamada sorunlara sebebiyet verecektir.

Örneğin müşterilere sadece ürün ve fiyat karşılaştırma hizmetinin sunulduğu platformun işleticisi tarafından sunulan hizmet, Yönetmeliğin 4/1/b maddesi kapsamında aracılık hizmeti olacak; ancak platformda “*e-ticaret hizmet sağlayıcıların mal veya hizmetlerinin teminine yönelik sözleşme yapılmasına ya da sipariş verilmesine imkân sağlama*” şeklinde herhangi bir faaliyet bulunmadığından ETDHK kapsamında bir ETAHS'nin varlığından söz edilemeyecektir. Üstelik platformda ETHS'nin mal ve hizmetlerinin sağlanmasına ilişkin sözleşme yapılmasına ya da sipariş sürecine imkan sağlanmadığından, platform ETDHK kapsamında e-ticaret pazar yeri hükmünde olmayacaktır. Bu durumun yarattığı başlıca hukuki sonuç, ETDHK kapsamında ETAHS ve ETHS yönünden getirilen yükümlülük ve sorumluluklara tabi olmamaktır.

AB'nin 2019/1150 sayılı Çevrim İçi Aracılık Hizmetlerinin Ticari Kullanıcıları İçin Adaletin ve Şeffaflığın Sağlanmasına İlişkin Tüzüğü'nde (2019/1150 sayılı Tüzük)<sup>30</sup>, DSA'da

---

kılındığını görülmektedir. Örneğin Yönetmeliğin 7. maddesinde ETAHS ve kendine ait elektronik ortamda satış yapan ETHS, e-ticaret faaliyeti gösterilen elektronik ortamın ana sayfasında doğrudan erişilebilecek şekilde “işlem rehberi” adı altında ETHS ile müşteri arasındaki sözleşmenin kurulabilmesi için (mal ve hizmetin seçilmesi, teslimat ve ödeme bilgilerinin girilmesi ile siparişin onaylanması gibi) gerekli aşamaları gösterir şekilde teknik adımları içeren ve alıcının sipariş öncesinde girdiği bilgi hatalarını tespit ederek düzeltilmesini sağlayacak sipariş özet formu ve geri al gibi teknik seçeneklere yönelik bilgiye yer vermekle yükümlü kılınmıştır. Yönetmeliğin 8. maddesi uyarınca ETAHS ek olarak ikinci el malların farklı dizinde satışa arzı ile siparişin onay süreci ve ödeme sürecinden önce, alıcı tarafından açıkça görülmesini sağlayacak şekilde ödenmesi gereken vergi ve teslim masrafları dahil toplam satış bedelini ve sözleşmenin diğer şartlarını elektronik ortamda bulundurmaya yükümlüdür.

<sup>30</sup> “Regulation (EU) 2019/1150 of The European Parliament and of The Council of 20 June 2019 on Promoting Fairness and Transparency For Business Users of Online Intermediation Services”, *Official Journal of the European Union* L 186/57 (11.7.2019), erişim 18.06.2023, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/en/TXT/?uri=CELEX:32019R1150>. (Erişim: 08.07.2023)

ve 2022/1925 sayılı AB Dijital Pazarlar Tüzüğü'nde (DMA)<sup>31</sup> aracılık hizmetinin tanımlandığı görülmektedir. 2019/1150 sayılı Tüzüğün 2/2. maddesinde çevrim içi aracılık hizmetleri, “2015/1535 sayılı Direktifin<sup>32</sup> 1/1/b maddesinde sayılan bilgi toplumu hizmetlerinden olup, işlemlerin nerede sonuçlandırıldığına bakılmaksızın, ticari hizmet sağlayıcılar arasında kurulan sözleşme ilişkisi kapsamında; ticari kullanıcılar ile tüketiciler arasında işlemlerin doğrudan kurulmasını kolaylaştırmak suretiyle ürün ve hizmet sunulmasına imkan sağlayan hizmetler” ifadesiyle unsurları, kapsamı ve özellikleri itibarıyla tanımlanmıştır<sup>33</sup>.

Görüldüğü üzere, AB Mevzuatında yapılan tanımlarda çevrim içi aracılık hizmeti (Yönetmelik düzenlemesinden farklı olarak) e-ticaret pazar yeriyle ilişkilendirilmemiştir. AB yaklaşımının e-ticaretin günümüzde geldiği nokta itibarıyla daha isabetli olduğu düşünülmektedir. Zira gerek AB düzenlemelerinde ve gerekse ETDHK kapsamında e-pazar yerleri yönünden getirilen düzenlemelerin amacı, salt bir elektronik ortam alt yapısından ibaret olan pazar yerlerinin kendisinin düzenlenmesinden çok; bu platformların işleticisi veya hak sahibi olan ETAHS'lerin hakim durum yaratma potansiyeli içeren rekabet gücünü kötüye kullanmalarını, haksız ticari uygulamalarını veya rekabeti bozucu davranışlarını engellemektir<sup>34</sup>.

Yönetmeliğin 10. maddesinde ETAHS'nin, ETHS tarafından sunulan içerik ve içeriğe konu mal veya hizmetlerle ilgili hukuka aykırı hususlardan sorumlu olmadığı düzenlenmiştir. Bu düzenlemeden hareketle, aksi ETAHS tarafından müşterilere açıkça taahhüt edilmedikçe, e-ticaret pazar yeri üzerinden sipariş edilen mal veya hizmetin teslim edilmemesi veya ayıplı teslim edilmesi halinde, ETAHS'nin sorumluluğu olmayacaktır.

<sup>31</sup> AB Parlamentosu ve Konseyi'nin, 12.10.2022 tarih ve 2022/1925 sayılı AB Resmi Gazetesinde yayımlanan ve ayrıntılı tutulan hükümler dışında 02.05.2023 tarihinden itibaren uygulanacak olan Tüzük, AB nezdinde DMA kısaltması ile anılmaktadır. Tüzükle AB genelinde hakim konumda bulunan platformların olduğu dijital pazarlarda; tüm işletmelerin adil rekabetçi ortamda faaliyet göstermesine ve tüketici yararının tesis edilmesine ilişkin kurallar düzenlenmiştir. “Regulation (EU) 2022/1925 of the European Parliament and of The Council of 14 September 2022 on contestable and fair markets in the digital sector and amending Directives (EU) 2019/1937 and (EU) 2020/1828 (Digital Markets Act)”, Official Journal of the European Union L 265/1 (12.10.2022), erişim 18.06.2023, [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=uriserv%3AOJ.L\\_.2022.265.01.0001.01.ENG&toc=OJ%3AL%3A2022%3A265%3ATOC](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=uriserv%3AOJ.L_.2022.265.01.0001.01.ENG&toc=OJ%3AL%3A2022%3A265%3ATOC)

<sup>32</sup> AB Parlamentosu ve Konseyi'nin 09.09.2015 tarihli ve 2015/1535 sayılı Direktifi, Bilgi Toplumu hizmetlerine ilişkin teknik düzenlemeler ve kurallar alanında bilgi sağlanmasına yönelik prosedürleri düzenlemektedir. “Directive (EU) 2015/1535 of the European Parliament and of the Council of 9 September 2015 laying down a procedure for the provision of information in the field of technical regulations and of rules on Information Society services (codification)”, Official Journal of the European Union L 241/1 (17.09.2015), erişim 18.06.2023, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A32015L1535>

<sup>33</sup> DMA'nın 2/5. maddesinde aracılık hizmeti, 2019/1150 sayılı Tüzüğün 2/2. maddesinde yer alan tanıma atf suretiyle açıklanırken; DSA'nın 3/g maddesinde ise daha çok teknik yönleri ağırlık veren bir tanım tercih edildiği görülmektedir. Anılan maddede “aracılık hizmetinin (i) hizmetin alıcısı tarafından sağlanan bilgilerin bir iletişim ağında iletiminden (bilgi iletimi) veya bir iletişim ağına erişim sağlanmasından (örneğin internet sağlayıcıları) oluşan internet erişim hizmeti; (ii) hizmet alıcısı tarafından sağlanan bilgilerin bir iletişim ağında iletiminden oluşan ve yalnızca bilgilerin daha verimli hale getirilmesi amacıyla gerçekleştirilen, bu bilgilerin otomatik, ara ve geçici olarak depolanmasını içeren bir ‘önbelleğe alma’ hizmetinin talep üzerine diğer alıcılara iletilmesi (iii) hizmet alıcısının talebi üzerine sağlanan bilgilerin depolanmasından oluşan bir ‘barındırma hizmeti’ şeklinde sayılan bilgi toplumu hizmetlerinden biri” anlamına geldiği düzenlenmektedir.

<sup>34</sup> ETAHS, bu güce aracılık hizmetlerinin sunulduğu araç olan çok taraflı platform teknolojisinin ölçek ve ağ etkisiyle yaratılan pazar büyüklüğü ve veri sahipliğiyle erişmektedir. “TBMM sıra no: 345 İzmir Milletvekili Hamza Dağ ve 11 Milletvekilinin Elektronik Ticaretin Düzenlenmesi Hakkında Kanunda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Teklifi (2/4528) ve Sanayi, Ticaret, Enerji, Tabii Kaynaklar, Bilgi ve Teknoloji Komisyonu Raporu”, 22.

ETDHK ve Yönetmelikte aracılık hizmeti kapsamında sunulması zorunlu olan bazı faaliyet ve yükümlülükler belirlenmiştir. Söz konusu düzenlemeler aynı zamanda aracılık hizmetinin kapsam olarak asgari belirtilen nitelikte olmasını gerektirir. ETAHS tarafından yürütülen aracılık hizmeti asli olarak “*ETHS'nin mal ve hizmet teminine yönelik sözleşme yapılmasına ya da sipariş verilmesine imkan sağlama*” faaliyetini içermelidir. Bu faaliyet aynı zamanda aracılık sözleşmesinin ETAHS'ye yüklediği kanundan doğan karakteristik edim yükümlülüğüdür.

ETAHS tarafından sunulan aracılık hizmetinin salt yazılım, donanım ve teknik alt yapıyı, ETHS'nin mal ve hizmetlerinin e-ticaret ortamında hukuki işlemlere konu edilebilmesini hukuki gerekliliklere uygun olarak tesis veya temin etmek ve aralarındaki sözleşme süresince ETHS'nin kullanımına sunmakla sınırlı olmayıp; ETHS ile arasındaki aracılık sözleşmesinde daha kapsamlı yükümlülüklerin belirlenmesi de mümkündür.

Uygulamada çevrim içi ödeme hizmetlerinin, ETAHS tarafından sağlanması yerine; üçüncü taraflarca sunulduğu da görülmektedir. Bu durumda çevrim içi ödeme hizmeti, müşteriyle ETHS arasında sözleşme kurulmasına imkan sağlar nitelikte olduğundan, aracılık hizmeti kapsamında değerlendirilebilecektir. Hatta ödeme hizmeti sunucusunun, ETAHS'nin aracılık sözleşmesindeki ifa yardımcısı<sup>35</sup> olarak nitelendirilebileceği düşünülmektedir.

Bununla birlikte ödeme hizmetini sağlayan tarafın, diğer unsurları taşımadıkça ETAHS olarak nitelendirilmesi mümkün değildir. Ayrıca 2019/1150 sayılı AB Tüzüğünde (11. paragraf), ödeme hizmetinin tüketicieye mal ve hizmet tedarikinin sağlanması sürecine ilişkin olduğu ve Tüzük kapsamında öngörülen aracılık hizmeti gerekliliklerini karşılamadığı ve bu nedenle Tüzük hükümlerinin ödeme hizmetlerine uygulanamayacağı ifade edilmiştir<sup>36</sup>.

Gerek ETDHK ve gerekse Yönetmelik kapsamında aracılık hizmeti kapsamında yasaklanan faaliyetler sayılmıştır. Örneğin ETDHK'nın Ek 2 ve Ek 3. maddeleri gereğince, ETAHS, üreticisinin kim olduğu fark etmeksizin ETAHS'nin veya ETAHS'nin ekonomik bütünlük içinde bulunduğu taraflara ait markalı malları veya marka kullanım hakkına sahip olduğu malları, aracılık hizmeti sunulan e-ticaret pazar yeri platformunda satışa sunamaz ve bu malların satışına yönelik aracılık hizmeti sunamaz. Bunun yanı sıra ETAHS, ETHS'nin yazılı veya elektronik ortamda ön iznini almadan, ETHS'nin ETBIS'te kayıtlı olan alan adlarının ana unsuru niteliğindeki tescilli markalarını anahtar kelime olarak kullanarak çevrim içi arama motorlarında tanıtım ve pazarlama faaliyeti yapamaz.

## II. ARACILIK SÖZLEŞMESİ

7416 sayılı Kanun değişikliğiyle ETDHK'nın 11 ve Ek 1. maddelerine eklenen hükümlerde ve Yönetmeliğin 15. maddesinde aracılık sözleşmesine ilişkin düzenlemeler

<sup>35</sup> Buna karşılık aracılık eden, satıcı/sağlayıcının ifa yardımcısı niteliğiyle sorumlu tutulamayacağı savunulmaktadır. Murat M. Inceoğlu ve Ece Baş Süzel, “Mesafeli Sözleşme Kurulmasına Aracılık Edenlerin Tüketicieye Karşı sorumluluğu (TKHK m.48/f.5)”, *Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 15(89-190), (2020), s. 478.

<sup>36</sup> Bkz. “Regulation (EU) 2019/1150 of The European Parliament and of The Council of 20 June 2019 on Promoting Fairness and Transparency For Business Users of Online Intermediation Services”, paragraf (11), erişim 08.07.2023, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/en/TXT/?uri=CELEX:32019R1150>.

bulunmaktadır. Bu düzenlemelerden önce ETAHS ve ETHEs'ler arasında e-ticaret pazar yerinin kullanımını konu alan hukuki ilişki "*e-ticaret pazar yeri sözleşmesi*" veya "*platform sağlama sözleşmesi*" gibi adlandırmalara konu olmuştur. ETAHS ve ETHEs arasındaki hukuki ilişkinin temelini oluşturan bu sözleşmenin, ETDHK'nın 11, Ek 1. maddelerinde ve akabinde Yönetmelikte "*aracılık sözleşmesi*" olarak isimlendirilmesi yaşanan terminolojik kargaşaya son verdiği gibi, sözleşmenin zorunlu içeriği de ayrıntılı olarak düzenlenmiştir. Aracılık sözleşmesine ilişkin mevzuatla sözleşmenin asgari içeriği belirlendiği gibi; sözleşmenin ETAHS tarafından değiştirilmesi, aracılık hizmetinin kısıtlanması veya sona erdirilmesi gibi durumlar da düzenlenmiş ve aracılık sözleşmesi *emredici sözleşme rejimine*<sup>37</sup> tabi kılınmıştır.

#### A. TANIMI

Gerek ETDHK'da gerekse Yönetmelik'te aracılık sözleşmesinin açık bir tanımı yapılmamıştır. Kanunun "*Bakanlık Yetkisi*" kenar başlıklı 11/1. maddesinde Bakanlığın düzenleme yapmaya ve "*aracılık sözleşmesinde yer verilmesi zorunlu unsurları belirlemeye yetkili*" olduğu belirtilirken, aracılık sözleşmesi, ETDHK kapsamında ilk kez anılmıştır. Yönetmeliğin 15/1. maddesinde "*e-ticaret pazar yerinde ETAHS ve ETHEs arasındaki ticari ilişkinin koşullarının yazılı veya elektronik ortamda aracılık sözleşmesiyle belirleneceği*" düzenlemesine yer verdikten sonra; takip eden fıkralarda aracılık sözleşmesinin ihtiva etmesi gereken asgari içerik koşulları düzenlenmiştir.

Yukarıda sözü geçen düzenlemeler ışığında aracılık sözleşmesinin, e-ticaret pazar yerinde ETAHS tarafından ETHEs'ye sunulan aracılık hizmetinin kapsam ve koşullarının Yönetmelik'te belirlenen asgari içerik koşuluna uygun olarak yazılı veya elektronik ortamda düzenlendiği; sunulan hizmet karşılığında ETHEs'nin, ETAHS'ye bir bedel ödediği, tam iki tarafa borç yükleyen ve sürekli<sup>38</sup> borç ilişkisi doğuran bir sözleşme olarak tanımlanması mümkündür.

#### B. TARAFLARI

ETDHK'da benimsenen düzenlemelerden açıkça anlaşılmasa da Yönetmeliğin 15/1. maddesinde kullanılan "*ETAHS ile ETHEs arasındaki ... aracılık sözleşmesiyle belirlenir.*" ifadesi karşısında, sözleşmenin taraflarının ETHEs ve ETAHS olarak kabul edilmesi gereklidir. Yukarıda e-ticaret pazar yerinin taraflarından biri olduğu belirtilen alıcı/müşteri grubu, aracılık sözleşmesinin tarafı değildir<sup>39</sup>.

<sup>37</sup> Sanlı, bu surette haksız ticari uygulamaların önlenmesi ve tekelleşmenin kontrol altına alınabileceği görüşündedir. Sanlı, "Elektronik Ticaretin Düzenlenmesi Hakkında Kanun'da 7416 Sayılı Kanun ile Yapılan Değişikliklerin Rekabet Politikası Açısından Değerlendirilmesi I: Kanun'daki Temel Kavramlar ve Haksız Ticari Uygulamalar", 1739-1740.

<sup>38</sup> Sanlı, "Elektronik Ticaretin Düzenlenmesi Hakkında Kanun'da 7416 Sayılı Kanun ile Yapılan Değişikliklerin Rekabet Politikası Açısından Değerlendirilmesi I: Kanun'daki Temel Kavramlar ve Haksız Ticari Uygulamalar", 1742.

<sup>39</sup> Aslında Yönetmeliğin 4/1/b maddesinde alıcı/müşteri grubunun, aracılık hizmeti sunulan taraf olarak konumlandırıldığı belirtilmiştir. Bu grubun, aracılık sözleşmesinde taraf olarak nitelendirilmemesinin başlıca hukuki sonucu, alıcı/müşterilerle ETAHS arasında üyelik sözleşmesi veya kullanıcı sözleşmesi gibi farklı adlandırmalarla kurulan sözleşmelerin aracılık sözleşmesine özgü ETDHK ve Yönetmelik sınırlarına tabi olmamasıdır.

## 1.ETHS

ETDHK'nın 2/1/g bendi uyarınca ETHS, “*elektronik ticaret pazar yerinde ya da kendine ait elektronik ticaret ortamında mal veya hizmetlerinin teminine yönelik sözleşme yapan ya da sipariş alan gerçek veya tüzel kişiler*” olarak tanımlanmıştır. 7416 sayılı Kanunla eklenen bu yeni tanım sonrasında ETHS, ETDHK'nın 2/1/ç bendinde yer alan “*hizmet sağlayıcı*” kavramından farklılaştırılmıştır. Yasa koyucu hizmet sağlayıcıyı, “*elektronik ticaret faaliyetinde bulunan gerçek ya da tüzel kişiler*” olarak tanımlamışken; ETHS'nin, “*e-ticaret pazar yerinde ya da kendine ait e-ticaret ortamında mal veya hizmetlerinin teminine yönelik sözleşme yapan ya da sipariş alan kişi*” vasfında olmasını aramıştır. Bu belirlemeyle ETHS tarafından yürütülmesi gereken e-ticaret faaliyetinin asgari şekil ve düzeyi belirli kılınmıştır<sup>40</sup>.

Yapılan düzenleme ile mal veya hizmet sunan sağlayıcılarla alıcılar arasındaki ticari faaliyetin sözleşmeye dayalı ilişkiler temelinde sağlanması yanında, sipariş alma düzeyinde teklif edilmesi, e-ticaret faaliyeti açısından yeterli görülmüştür. ETHS olunabilmesi için alıcılarla geçerli bir sözleşmenin yapılması şart değildir. ETHS'nin mal satışı veya hizmet sunumu önerisiyle bağlı olma iradesini açık bir açık ve net bir şekilde ifade etmesi durumunda da<sup>41</sup>, sözleşme ilişkisi tüm unsurları tamamlanmasa da ETHS'den söz etmek mümkün olacaktır. Hatta ETHS ile müşteri arasında kurulan sözleşmenin geçersiz olması da ETHS sıfatını etkisiz kılmaz<sup>42</sup>.

ETHS sıfatı açısından şart koşulan e-ticaret sözleşmesi yapma veya sipariş alma, aynı zamanda ETAHS tarafından sunulacak aracılık hizmetinin de konusunu oluşturmaktadır. Bu vasıfta e-ticaret yapan bir ETHS'nin olmaması halinde, aracılık faaliyetinin yürütülmesi de söz konusu olmayacak ve ETAHS'den de e-ticaret pazar yerinden de bahsedilemeyecektir. Örneğin sözleşme yapma veya sipariş alma işlevi içermeyen, sadece ürün karşılaştırma imkânının sunulduğu bir e-ticaret ortamında yer alan hizmet sağlayıcı, kendisine ait e-ticaret ortamında da sözleşme yapma veya sipariş alma gibi bir faaliyette bulunmuyorsa<sup>43</sup>; ürün ve fiyat karşılaştırma platformu, ETDHK anlamında e-ticaret pazar yeri sayılmayacak<sup>44</sup> ve bu platformun işleticisi ETDHK'nın 2/1/d maddesi kapsamında aracı hizmet sağlayıcı (AHS) olacaktır<sup>45</sup>.

Ancak karşılaştırma platformunda yer alan kişinin kendisine ait e-ticaret ortamında sözleşme yapması veya sipariş alması halinde, ETDHK'nın 2/1/g bendi uyarınca ETHS sıfatı

<sup>40</sup> Hizmet sağlayıcının kendisine ait elektronik ortamda mal ve hizmet sağlanmasına yönelik sözleşme yapmaması, sipariş almaması veya e-ticaret pazar yerinde yine bu nitelik ve düzeyde faaliyette bulunmaması halinde ETDHK kapsamında ETHS olarak kabul edilmesi olanaklı olmayacaktır.

<sup>41</sup> Can Sarıççek vd., E-pazaryeri Platformları Sektör İncelemesi Nihai Raporu, 59.

<sup>42</sup> Örneğin alıcının tüketici olduğu durumda mal veya hizmet satışına ilişkin sözleşmenin Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun ve/veya Mesafeli Sözleşmeler Hakkında Yönetmelik hükümlerine aykırı olması ya da geçerlilik koşullarını içermemesi hali, ETHS'nin elektronik ortamda sözleşme yapan veya sipariş alan konumunu değiştirmemektedir.

<sup>43</sup> Örneğin karşılaştırma sonucunda, satış için sadece başka bir siteye link sağlanıyorsa, bu durum oluşacaktır.

<sup>44</sup> Sanlı, “Elektronik Ticaretin Düzenlenmesi Hakkında Kanun'da 7416 Sayılı Kanun ile Yapılan Değişikliklerin Rekabet Politikası Açısından Değerlendirilmesi I: Kanun'daki Temel Kavramlar ve Haksız Ticari Uygulamalar”, 1719; Esin Aygün vd., Rekabet Kurumu Dijital Dönüşümü Rekabet Hukukuna Yansımaları, 218, bkz.par.(482).

<sup>45</sup> ETDHK'nın 2/1/d maddesinde AHS, “Başkalarına ait iktisadi ve ticari faaliyetlerin yapılmasına elektronik ticaret ortamını sağlayan gerçek ve tüzel kişileri” ifade eder şekilde tanımlanmıştır.

olacak; bu fonksiyonu içermeyen e-ticaret ortamındaysa AHS konumunda olacaktır<sup>46</sup>. ETHS ve AHS arasındaki fark, ETDHK'nın 9. maddesinde yer alan hukuka aykırı içerik nedeniyle sorumluluk ve yükümlülükler; Kanununun 12. maddesinde sayılan ceza hükümleri; Ek Madde 1, Ek 2, Ek 3, Ek 4 ve Geçici 2. maddeleri kapsamında yer alan yükümlülüklerle tabi olup olmama yönünden önem arz etmektedir.

ETHS'ler tacir, esnaf ve sanatkâr olabileceği gibi; bu sıfatları olmaksızın elektronik ortamda sözleşme yapılmasına veya sipariş verilmesine yönelik faaliyette bulunan gerçek kişiler de olabilir. Bu husus bilgilendirme yükümlülüğünün yer aldığı Yönetmeliğin 5/3. maddesinde kullanılan “*Elektronik ticaret pazar yerinde satış yapan ve tacir veya esnaf ve sanatkâr olmayan ETHS*” ifadesinden anlaşılmaktadır. Söz konusu maddede bilgi verme yükümlülüğüne tabi kılınan tarafların iletişim sekmesi altında yer vereceği tanıtım bilgilerinin tacir, esnaf ve sanatkâr olan ve olmayan ETHS'ler için ayrı ayrı düzenlendiği görülmektedir.

#### a. Türleri

Yönetmeliğin 4/1/h maddesinde ETHS'lerin bir takvim yılında net işlem hacmi ve işlem sayısı itibarıyla orta, büyük ve çok büyük ölçekli olmak üzere sınıflandırıldığı görülmektedir<sup>47</sup>. Yönetmelik düzenlemesine göre orta ölçekli ETHS, bir takvim yılında net işlem hacmi on milyar TL'yi aşan ve iptal ve iadeler hariç on milyon adet üzerinde işlem sayısı olan ETHS'ler olup; büyük ölçekli ETHS ise iptal ve iadeler hariç on milyon adet üzerinde işlem sayısı olan ve ancak bir takvim yılındaki net işlem hacmi otuz milyar TL'yi aşan ETHS'lerdir. Çok büyük ölçekli ETHS ise bir takvim yılındaki net işlem hacmi altmış milyar TL'nin ve iptal ve iadeler hariç işlem sayısı on milyon adedin üzerinde olan ETHS'leri ifade etmektedir.

Orta, büyük ve çok büyük şeklinde ölçek itibarıyla farklılaştırılan ETHS'ler diğer ETHS'lere nazaran ek yükümlülük ve sorumluluklara tabi tutulmuştur. Kriter olarak yer verilen net işlem hacmi ETDHK'nın 2/1/i maddesine göre “*iptal ve iadeler hariç olmak üzere, ETHS için elektronik ticaret pazar yeri niteliğini haiz olmayan kendine ait elektronik ticaret ortamları üzerinden belirli bir dönemde yapılan sözleşme ve verilen siparişler için düzenlenmesi gereken nihai fatura veya fatura yerine geçen belge değerleri toplamı*” anlamına gelmektedir.

#### b. ETHS Tanımından İstisna Tutulanlar

7416 sayılı Kanun ile ETDHK'nın 1/3. maddesine eklenen hükümlerle “kuruluş ve faaliyetleri maddede sayılan özel kanunlarla düzenlenen ve münhasıran bu kanunlarla

<sup>46</sup> Örneğin çevrim içi satış yapılmayan web sitesinde ürün ve hizmet tanıtımını yapan kişilerin faaliyeti, e-ticaret faaliyeti olarak değerlendirilecek ve ETDHK'nın 1/1/ç bendi kapsamında bu kişilerin hizmet sağlayıcı olması sonucunu doğuracaktır.

<sup>47</sup> AB Parlamentosu ve Konseyi'nin, DMA düzenlemesininin 3/1. maddesinde de sektöre giriş yönünden zorunlu unsur niteliğine bürünmüş belli başlı platform işleticilerinin özellikleri tanımlanmış ve düzenlemede “gatekeeper” olarak nitelenen ve sayılan özellikleri taşıyan (pazar üzerinde önemli ölçüde etkili olma, son kullanıcılara ulaşmak için gerekli girişi sağlayan temel platform hizmetinin sunucusu olma, pazarda etkin yerleşik ve güçlü bir konuma erişmiş veya yakın gelecekte erişecek durumda bulunma vb.) taraflar belirlenmiştir. Esin Aygün vd., Rekabet Kurumu Dijital Dönüşümü Rekabet Hukukuna Yansımaları, 18, bkz. par.(24).



yetkilendirildikleri konularda faaliyet gösterenlerin<sup>48</sup>, ETDHK kapsamında ETAHS veya ETHS olarak kabul edilmeyeceği düzenlenmiştir<sup>49</sup>. ETHS'ler için yaratılan istisna, Kanunda kullanılan ifade gereği, ETAHS'ler için de geçerlidir<sup>50</sup>. Zira bu düzenlemede sayılan Kanunlara tabi olan kuruluşların faaliyetleri, zaten tabi oldukları kanun kapsamında düzenleme ve denetleme yetkisine sahip kurumların sıkı denetimi altındadır. İlgili kanunlar kapsamında kurulum, faaliyet gösteren işletmeler ETDHK kapsamında e-ticaret pazar yerinin yasal kapsamı dışında bırakılarak “olası bir yetki çatışmasının önüne geçilmesi amaçlanmıştır”<sup>51</sup>.

Ancak bu hüküm sayılan işletmelerin ETDHK kapsamında elektronik aracı hizmet sağlayıcı (EAHS) veya elektronik hizmet sağlayıcı (EHS) olarak kabulüne engel değildir. Fıkra kapsamında yer alan işletmelerin, EHS veya EAHS olarak ETDHK’da düzenlenen yükümlülükleri devam etmektedir.

## 2. ETAHS

ETDHK’nın 2/1/f maddesinde ETAHS, “Elektronik ticaret pazar yerinde elektronik ticaret hizmet sağlayıcıların mal veya hizmetlerinin teminine yönelik sözleşme yapılmasına ya da sipariş verilmesine imkân sağlayan aracı hizmet sağlayıcı” olarak tanımlanmıştır<sup>52</sup>. Bu düzenlemeyle ETAHS aynı maddenin (d) bendinde yer alan “aracı hizmet sağlayıcı (AHS)” kavramından farklılaştırılmıştır<sup>53</sup>.

<sup>48</sup> Eklenen üçüncü fıkrada, “14/9/1972 tarihli ve 1618 sayılı Seyahat Acentaları ve Seyahat Acentaları Birliği Kanunu, 14/10/1983 tarihli ve 2920 sayılı Türk Sivil Havacılık Kanunu, 28/3/2001 tarihli ve 4632 sayılı Bireysel Emeklilik Tasarruf ve Yatırım Sistemi Kanunu, 19/10/2005 tarihli ve 5411 sayılı Bankacılık Kanunu, 3/6/2007 tarihli ve 5684 sayılı Sigortacılık Kanunu, 21/11/2012 tarihli ve 6361 sayılı Finansal Kiralama, Faktoring, Finansman ve Tasarruf Finansman Şirketleri Kanunu, 6/12/2012 tarihli ve 6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu, 20/6/2013 tarihli ve 6493 sayılı Ödeme ve Menkul Kıymet Mutabakat Sistemleri, Ödeme Hizmetleri ve Elektronik Para Kuruluşları Hakkında Kanun ve 5/11/2018 tarihli ve 5809 sayılı Elektronik Haberleşme Kanunuyla kuruluş ve faaliyetleri düzenlenen ve bu kanunlara göre yetkilendirilerek münhasıran yetkilendirildikleri konularda faaliyet gösterenler ile 14/3/2007 tarihli ve 5602 sayılı Şans Oyunları Hasılatından Alınan Vergi, Fon ve Payların Düzenlenmesi Hakkında Kanunun 3 üncü maddesinin birinci fıkrasının (ç) bendinde tanımlananlar ile bunların verdiği yetki dâhilinde münhasıran şans ve bahis oyunları alanında faaliyet gösterenlerin” ETAHS veya ETHS olarak kabul edilmeyecekleri düzenlenmiştir.

<sup>49</sup> “Örneğin, yatırım kuruluşları, merkezi takas kuruluşları, portföy yönetim şirketleri gibi 6362 sayılı Kanuna göre faaliyette bulunan sermaye piyasası kurumları bu Kanunun uygulanmasında ETAHS veya ETHS kabul edilmeyecektir. Diğer taraftan kuruluş ve faaliyetleri 6362 sayılı Kanunda düzenlenmeyen, ancak halka arz için Kurul onayına tabi olan halka açık şirketler, bu hükmün kapsamında yer almamakta olup; bu şirketler ETDHK kapsamında ETAHS veya ETHS olarak değerlendirilebilecektir”.<https://mevzuat.tbmm.gov.tr/Kanun/KanunDetay?YasamaKanunId=f72877c1-b696-037b-e050-007f01005610&kanunNumarasi=7416#step-2>

<sup>50</sup> Bu nedenle bu başlık altında yapılan açıklamalar, ETAHS'ler için de kabul edilebilir niteliktedir. Bu nedenle ETAHS'ler açısından ETDHK’da yaratılan istisnalar ayrıca inceleme konusu yapılmamıştır.

<sup>51</sup> <https://mevzuat.tbmm.gov.tr/Kanun/KanunDetay?YasamaKanunId=f72877c1-b696-037b-e050-007f01005610&kanunNumarasi=7416#step-2>

<sup>52</sup> AB’nin 2019/1150 sayılı Tüzüğü’nün 2/2. maddesinde, çevrim içi aracı hizmet sağlayıcı. “2. Paragrafta sayılan çevrim içi aracı hizmetlerini ticari kullanıcılara sağlayan veya sağlamayı öneren gerçek veya tüzel kişi” şeklinde aracılık hizmetleri temelinde tanımlanmakta iken ETDHK kapsamında hak ve yükümlülüklerin süjesi olan ETAHS ve ETHS’ler e-ticaret pazar yeri temelinde tanımlanmaktadır. Bkz. “Regulation (EU) 2019/1150 of The European Parliament and of The Council of 20 June 2019 on Promoting Fairness and Transparency For Business Users of Online Intermediation Services”, *Official Journal of the European Union* L 186/57 (11.7.2019), <https://eur-lex.europa.eu/legalcontent/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32019R1150&from=en>.

<sup>53</sup> Maddede AHS, “başkalarına ait iktisadî ve ticari faaliyetlerin yapılmasına elektronik ticaret ortamını sağlayan gerçek ya da tüzel kişiler” olarak tanımlanmışken; ETAHS kavramı ile başkalarına ait iktisadî ve ticari faaliyetlerin



E-ticaret pazar yerinde ETAHS'nin aynı zamanda satıcı veya sağlayıcı sıfatıyla ETHS olarak faaliyet göstermesi de sıklıkla karşılaşılan bir durumdur<sup>54</sup>. Bu durumda ETAHS, ETDHK ve Yönetmelik çerçevesinde her iki konumundan doğan yükümlülük ve sorumluluklara tabi olacaktır<sup>55</sup>. Ancak üreticisinin kim olduğu fark etmeksizin ETAHS'nin veya ETAHS'nin ekonomik bütünlük içinde bulunduğu taraflara ait markalı malları veya marka kullanım hakkına sahip olduğu malları, aracılık hizmeti sunulan e-ticaret pazar yeri platformunda ETAHS'nin satışa sunamayacağı ve bu malların satışına yönelik aracılık hizmeti sunamayacağı ve farklı e-ticaret platformlarında satışa sunulan bu nitelikteki malların buldukları satış platformlarına erişim sağlamayacağı, tanıtımını yapmayacağı<sup>56</sup> düzenlemesini içeren ETDHK'nın Ek 2/1/a maddesinin yürürlüğe girmesi ile birlikte bu durum gerçekleşmeyecektir.

ETHS'lerin bir adi ortaklık (joint venture veya konsorsiyum<sup>57</sup>) mantığında işbirliği ile oluşturdukları e-ticaret pazar yerlerinde ETAHS konumunu edinmeleri durumunda da aynı sınırlama söz konusu olacaktır. Zira böyle bir durumda, e-ticaret pazar yeri, hukuken adi ortaklık hükümlerine tabi olarak tüm ETHS'lerin aynı zamanda ETAHS olduğu bir durum yaratacaktır.

Diğer taraftan adi ortaklık e-ticaret pazar yerinde, ortak olan ETHS'ler dışında başka ETHS'nin mevcut olmaması halinde, ETAHS ve ETHS şeklinde ayrılmış tarafların olmaması, oluşturulan platformun ETDHK'ya tabi bir e-ticaret pazar yeri olup olmadığı tartışmasına da sebebiyet verecektir. Zira ETAHS'nin bağımsız bir taraf olarak ETHS'lere aracılık hizmeti sunmasından söz edilemeyecek; platform bir anlamda EHS'lerin ortak e-ticaret platformu vasfında olacaktır. Bu durumda oluşturulan platform, ETDHK'da ETAHS ve ETHS'ler yönünden getirilen yükümlülük ve sınırlamalara tabi olmayacağından kanunun dolanılması veya kanuna karşı hile kavramlarını düşündüreceklerdir.

Yönetmeliğin 4/1/f maddesinde ETAHS'ler orta, büyük ve çok büyük ölçekli olmak üzere türlere ayrılmıştır. Orta ölçekli ETAHS, bir takvim yılında net işlem hacmi on milyar

---

yapılmasına e-ticaret ortamını sağlayan taraf olma dışında "e-ticaret hizmet sağlayıcıların mal veya hizmetlerinin teminine yönelik sözleşme yapılmasına ya da sipariş verilmesine imkân sağlayan aracı olma" fonksiyonuna da yer verilmiştir.

<sup>54</sup> E-pazaryeri Sektör İncelemesi Nihai Raporunda bu durum "hibrit e-ticaret pazar yeri" olarak ifade olunmuştur. Can Sarıççek vd., E-pazaryeri Platformları Sektör İncelemesi Nihai Raporu, 45.

<sup>55</sup> Bu durum ETAHS'nin ETDHK'nın 9/2. maddesi uyarınca ETHS tarafından temin edilen hukuka aykırı içerikten doğan sorumluluk hükümlerine tabi olması açısından özellik arz eder. Dilşad Keskin, "TKHK Değişik m. 48 Hükümü Çevresinde Aracı Hizmet Sağlayıcının Tüketiciye Karşı Sorumluluğu" *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 26(2) (2022), s. 124; Selin Sert Sütçü, "Mesafeli Sözleşmelerin Kurulmasına Aracılık Edenlerin Tüketici Hukuku Bağlamında Sorumluluğunun Belirlenmesi", *Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 4(1), (2021), s.276-287.

<sup>56</sup> Ancak bu yasak, toplam satış hasılatının yarısından fazlasını e-ticaret dışındaki satışlardan elde eden kişilerin markasını taşıyan veya marka kullanım hakkını haiz olduğu mallar hakkında uygulanmaz. Bu yönüyle toplam satış hasılatının yarısından fazlasını e-ticaret dışındaki satışlardan elde eden kişilerin markasını taşıyan veya marka kullanım hakkını haiz olduğu mallar dışında, hibrit e-ticaret pazar yeri yapılanmasının mümkün olmadığını belirtmek gerekmektedir.

<sup>57</sup> Konsorsiyum pazaryeri "Sektörlerinde ilk sıraları paylaşan büyük şirketlerin bir araya gelerek ilgili endüstrinin ihtiyacı olan tedarik zinciri işlemlerine yardımcı olması amacıyla kurulan ve kurucu şirketlerin ortak olarak atadıkları bir yönetim tarafından yönetilen elektronik pazar yerleridir." şeklinde tanımlanmaktadır. Demirel, Elektronik Ticaretin Düzenlenmesi Hakkında Kanun Çerçevesinde Elektronik Pazaryeri Sözleşmesi, 69.

TL'yi aşan ETAHS'ler olup; büyük ölçekli ETAHS ise iptal ve iadeler hariç yüz bin adet üzerinde işlem sayısı olan ve bir takvim yılındaki net işlem hacmi otuz milyar TL'yi aşan ve Yönetmelik'te orta ölçekli ETAHS'ler için düzenlenen yükümlülüklerle tabi kılınmış ETAH'lerdir. Çok büyük ölçekli ETAHS ise iptal/iadeler hariç işlem sayısı yüz bin adedin üzerinde ve işlem sayısı olan ve bir takvim yılındaki net işlem hacmi altmış milyar TL'yi aşan ve Yönetmelik'te orta ve büyük ölçekli ETAHS'ler için düzenlenen yükümlülüklerle tabi kılınmış ETAHS'lerdir.

ETDHK'nın ETAHS'lerin yükümlülüklerinin düzenlendiği Ek 2/2. maddesinde büyük ölçekli ETAHS'ler, Ek 2/3. maddesindeyse çok büyük ölçekli ETAHS'ler ek yükümlülüklerle tabi kılınmıştır. Ayrıca ETAHS'lerin lisans ücretleri de yapılan ayrıma göre farklılaşmaktadır. ETAHS'ler arasında yapılan ayrımlar veri kullanımı ve paylaşımı, pay devri bildirim yükümlülüğü, bağımsız denetime tabi olma, mevzuata uygunluk raporu verme, ödeme, ilan, posta ve taşımacılık hizmetleri, reklam ve indirim bütçesi açılarından da farklılıklar yaratmaktadır<sup>58</sup>.

Bu düzenlemeyle yasa koyucunun, AB'nin DMA<sup>59</sup> düzenlemesinde *gatekeeper* olarak tanımlanan etkin rekabet gücüne erişmiş çevrim içi platformlarla ilgili getirilmiş olan hükümlere benzer kurallar ihdas etmeyi amaçladığı düşünülmektedir<sup>60</sup>. Zira DMA'da AB genelinde hakim konumda bulunan platformların bulunduğu dijital pazarda tüm işletmelerin adil rekabetçi ortamda faaliyet gösterebildiği ve tüketici yararının tesis edilebildiği bir dijital pazarın sağlanmasına ilişkin kurallar düzenlenmiştir.

AHS'ler açısından bağlayıcı olan bir diğer hüküm de Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un (TKHK) 7392 sayılı Kanunla değiştirilen 48/5. maddesinde "*Oluşturdukları sistem ile satıcı veya sağlayıcı adına mesafeli sözleşme kurulmasına aracılık eden aracı hizmet sağlayıcılar, sistem aracılığıyla kurulan mesafeli sözleşmelerden doğan hak ve yükümlülüklerin kullanım süresi boyunca tüketicilerin yönetmelikle belirlenen hususlara ilişkin talep ve bildirimlerini iletebilmelerine ve takip edebilmelerine elverişli bir sistemi kurmak ve kesintisiz olarak açık tutmakla yükümlüdür.*" ifadesi kullanılmak suretiyle getirilmiştir. Ancak hükümde kullanılan ifade gereği TKHK kapsamındaki AHS'nin ETDHK'da düzenlenen ETAHS tanımıyla tam örtüşmediğinin belirtilmesi gerekir<sup>61</sup>.

<sup>58</sup> 6563 sayılı Kanun kapsamında ETAHS, KVKK kapsamında veri sorumlusu, 5651 sayılı Kanun kapsamında yer sağlayıcı veya içerik sağlayıcı gibi hukuki konularına bağlı olarak tabi oldukları hükümler kapsamında ilgili kurum ve kuruluşların denetleyici ve düzenleyici yetkisi altındadır.

<sup>59</sup> Bkz. "Regulation (EU) 2022/1925 of the European Parliament and of The Council of 14 September 2022 on contestable and fair markets in the digital sector and amending Directives (EU) 2019/1937 and (EU) 2020/1828 (Digital Markets Act)", Official Journal of the European Union L 265/1 (12.10.2022).

<sup>60</sup> Konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Pınar Akman, "Regulating Competition in Digital Platform Markets: A Critical Assessment of the Framework and Approach of the EU Digital Markets Act", (2022) 47 European Law Review 85(last revised 30 Mar 2022), 1-30. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3978625> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3978625>; Pierre Larouche/ Alexandre de Streel, "The European Digital Markets Act: A Revolution Grounded on Traditions", Journal of European Competition Law & Practice 12 no. 7(2021): 542-560.

<sup>61</sup> Keskin, elektronik ticarete AHS'nin mesafeli sözleşme kurulmasına aracılık eden taraflara nazaran daha geniş bir kavram olduğu görüşündedir. Keskin, "TKHK Değişik m. 48 Hükümü Çevresinde Aracı Hizmet Sağlayıcının Tüketicilere Karşı Sorumluluğu", 124.

### C. ŞEKİLİ

Sözleşmenin şekli, borçlar hukukunda geçerlilik koşullarından biri olarak kabul edilir ve tarafların sözleşmenin kurulmasına yönelik irade beyanlarının açıklanmasına ilişkin kuralları kapsar. Borçlar hukukunda sözleşme serbestisi ilkesi, şekil serbestisini de kapsayacak genişlikte kabul edilir. TBK'nın 12. maddesinde kanunda açık düzenleme olmadıkça sözleşmelerin geçerliliğinin şekle tabi olmadığı belirtilmiştir<sup>62</sup>. Bu açıklamalar ışığında, aracılık sözleşmesinin bir geçerlilik şekline tabi olmasının, bu şeklin açıkça yasa koyucu tarafından düzenlenmesine veya taraflarca belirli şekilde yapılmasının kararlaştırılmış olmasına bağlı olduğu ifade edilebilir.

ETDHK'da aracılık sözleşmesinin tabi olduğu geçerlilik şekline ilişkin açık bir hükme yer verilmemiştir. Bununla birlikte Kanunun Ek 1/1. maddesinde "*Elektronik ticarete haksız ticari uygulamada bulunulamaz.*" kuralına yer verilmiştir. Maddenin 2. fıkrasında bazı faaliyetlerin her durumda haksız ticari uygulama sayılacaklarına dair bir karine düzenlendikten sonra, bu hallere açıklık getirilmiştir. Sonuç olarak ETDHK'nın Ek 1/2/c maddesinde "*Elektronik ticaret hizmet sağlayıcıyla olan ticari ilişkinin koşullarının, yazılı şekilde veya elektronik ortamda yapılan aracılık sözleşmesiyle belirlenmemesi*" her durumda haksız ticari uygulama olduğu kabul edilecek uygulamalardan biri sayılmıştır.

Ancak burada şu sorunun cevaplanması gerekir: Bir sözleşmenin *yazılı şekilde veya elektronik ortamda* yapılmamasının, haksız ticari uygulama olması (ve haksız ticari uygulamaların yasaklanması); belirtilen şekli, aracılık sözleşmesinin geçerlilik koşulu haline getirmek için yeterli midir? Başka bir ifadeyle şekil kuralına uyulmadığı için haksız ticari uygulama niteliği taşıyan bir aracılık sözleşmesinin bağlayıcılığından söz etmek mümkün müdür?

Bu soruların normun emredici niteliği ve koruma amacı göz önünde bulundurularak yanıtlanması gerekir. Normla sağlanmak istenenin ETHS'leri, ETAHS'lerin haksız ticari uygulamalarından korumak olduğu, Kanunun Ek1/1. maddesinde konuya ilişkin olarak kullanılan "*ETAHS'nin, aracılık hizmeti sunduğu ETHS'nin ticari faaliyetlerini önemli ölçüde bozan, makul karar verme yeteneğini azaltan veya belirli bir kararı almaya zorlayarak normal şartlarda taraf olmayacağı bir ticari ilişkinin tarafı olmasına sebep olan ...*" ifadesinden de anlaşılabilir niteliktedir. Bu durumda ETAHS'nin dayatmaları sonucu kabul etmek zorunda kaldığı şekle aykırı bir aracılık sözleşmesiyle ETHS'yi bağlı kabul etmek, Kanunun amacıyla bağdaşmadığından; belirtilen şekil kurallarının aracılık sözleşmesinin geçerlilik şekli olduğunu sonucuna varılmaktadır.

Varılan bu sonuç, Yönetmeliğin 15/1. maddesinde yer alan "*ETAHS ile ETHS arasındaki ticari ilişkinin koşulları yazılı şekilde veya elektronik ortamda yapılan aracılık sözleşmesiyle belirlenir.*" kuralıyla da örtüşmektedir. Zira Yönetmelik hükmünde, aracılık sözleşmesi,

<sup>62</sup> İsimli sözleşmeler, yasa açıkça düzenlenmemiş sözleşmeler olduklarından kural olarak şekle bağlı değildir. Bununla birlikte isimli sözleşmenin bir şekli olan karma sözleşmeler yasa düzenlenen isimli sözleşmelerin esaslı unsurlarını kısmen veya tamamen içerdiğinden içerdiği unsur itibarıyla şekle tabi olup olmadığı doktrinde tartışılmıştır. Arif Barış Özbilen, *Sözleşmelerin Şekli ve Şekil Yönünden Hükümsüzlüğü*, İstanbul, Oniki Levha Yay., 2016, s. 146-150; Saibe Oktay; "İsimli Sözleşmelerin Geçerliliği, Yorumu ve Boşluklarının Tamamlanması", *İstanbul Hukuk Fakültesi Mecmuası* 55 (1996), s. 264.

şüpheye yer bırakmayacak açıklıkta, yazılı şekle veya elektronik ortamda yapılması şartına bağlamıştır. TBK'nın 14/1. ve 5070 sayılı Elektronik İmza Kanunu'nun 4 ve 5. maddeleri uyarınca aracılık sözleşmesinin, ETAHS ve ETHEs tarafından el yazısı veya güvenli e-imzayla imzalanmış olması, yazılı şekil şartını karşılayacaktır<sup>63</sup>.

Asıl belirsizlik, ETDHK'nın Ek 1/2/c ve Yönetmeliğin 15/1. maddelerinde kullanılan “*elektronik ortamda*” ifadesine ilişkindir. Şekil unsuru olarak düzenlenen elektronik ortamlar aracılık sözleşmesinin, taraflarının fiziksel olarak bir araya gelmeksizin, uzaktan iletişim araçlarıyla<sup>64</sup> kurulmasına mı imkan tanındığı veya ETDHK'nın 2/1/ğ maddesinde tanımlanan e-ticaret ortamında kurulmasına mı izin verildiği ya da kimlik doğrulama esasına dayalı elektronik ortam sözleşmelerinin mi kastedildiği açık değildir.

Elektronik ortamda yapılan sözleşmeler teriminin Bankalarca Kullanılacak Uzaktan Kimlik Tespiti Yöntemlerine ve Elektronik Ortamda Sözleşme İlişkisinin Kurulmasına İlişkin Yönetmelik<sup>65</sup> ile Elektronik Haberleşme Sektöründe Başvuru Sahibinin Kimliğinin Doğrulama Süreci Hakkında Yönetmelik<sup>66</sup> kapsamında düzenlendiği görülmektedir. Her iki Yönetmeliğin hükümlerinde de elektronik ortamda yapılan sözleşmeler yönünden kimlik doğrulama yönteminin uygulanma esasları düzenlenmiştir.

Ancak ETDHK'da ve Yönetmeliğin 15/1. maddesinde, aracılık sözleşmesinin elektronik ortamda yapılması mümkün kılınmışsa da diğer Yönetmelik hükümlerinde olduğu şekilde açıkça kimlik doğrulama yöntemine tabi kılınmadığı görülmektedir. Genel anlamda elektronik ortamda yapılan sözleşmelerin kimlik doğrulama yöntemi ile kurulabileceği yönünde genel bir yasal düzenleme olmadığından elektronik ortamda kurulan aracılık sözleşmesinin kimlik doğrulama yoluyla kurulması gerektiği söylenemeyecektir<sup>67</sup>. Dolayısıyla elektronik ortamda kurulan aracılık sözleşmesinin yazılı şekilde ve kullanılan uzaktan iletişim aracına uygun olarak belirlenmesi yeterlidir.

Ayrıca ETDHK'nın Ek 1/2/c maddesi uyarınca aracılık sözleşmesinin açık, anlaşılır ve elektronik ticaret hizmet sağlayıcı tarafından kolay erişilebilir olması da gereklidir. Yönetmeliğin 15/1. maddesinde aracılık sözleşmesinde yer alması gereken asgari içerik de belirlenmiştir. Söz konusu hükme göre aracılık sözleşmesi “*ETHS'ye sunulan aracılık hizmeti bilgileri; aracılık hizmetinin kısıtlanmasını, askıya alınmasını veya sonlandırılmasını gerektiren durumlarla bunlara ilişkin süreçleri; ETHEs'den talep edilen hizmet bedellerine ve bu bedellerin hangi durum ve şartlarda farklılaşacağına veya güncelleneceğine ilişkin bilgileri; mal veya hizmetlerin sıralanmasında ya da alıcıya tavsiye edilmesinde kullanılan parametreleri, birden çok parametre varsa bunlar arasındaki öncelik sıralamasını ve sıralamayı etkilemek amacıyla doğrudan veya*

<sup>63</sup>Turgay Sarıakçalı, “İnternet Üzerinden Akdedilen Sözleşmelere Uygulanacak Hukuk”. *Public and Private International Law Bulletin*, Prof. Dr. Cemal Şanlı'ya Armağan 40(1) (2020), s. 267 erişim 05.08.2023.

<sup>64</sup>Mesafeli Sözleşmeler Yönetmeliğinin 4/1/h maddesinde uzaktan iletişim aracı “Mektup, katalog, telefon, faks, radyo, televizyon, elektronik posta mesajı, kısa mesaj, internet gibi fiziksel olarak karşı karşıya gelmeksizin sözleşme kurulmasına imkân veren her türlü araç veya ortam” şeklinde tanımlanmıştır.

<sup>65</sup>01.04.2021 tarih ve 31441 numaralı Resmî Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.

<sup>66</sup>26.06.2021 tarihli ve 31523 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanmıştır.

<sup>67</sup>Bununla birlikte bu yöntemin uygulanmasının sözleşmenin kurulmasına yönelik uyumsuzluklarda ispat yönünden gerekli ve faydalı olacağı tartışmalıdır.

*dolaylı bir bedel ödenmesi halinde bu durumun sıralama üzerindeki etkilerini; ETHS'ye yapılacak ödemelerin süresini; dâhili iletişim sistemine erişimi ve bu sistemin işleyişi ile ilgili bilgileri; aracılık sözleşmesinin ETHS tarafından kolayca erişilebilir şekilde dâhili iletişim sisteminde saklanacağına ilişkin bilgiyi; 6502 sayılı Kanun kapsamında belirlenen cayma hakkı süresinin üzerinde bir süre belirlenmesi halinde buna ilişkin bilgiyi; fikri ve sınai mülkiyet hakkının sahipliğinin ispatı ile bu hakkın kullanımına ve hak ihlaline ilişkin alınan önlemlere dair bilgileri; aracılık hizmetinin sunulması sırasında ETHS'nin faaliyetleri dolayısıyla elde edilen verilere, sözleşme ilişkisinin sona ermesinin ardından ETHS'nin erişiminin olup olmayacağına ve erişimin ne kadar süreyle sağlanacağına ilişkin bilgiyi” içermelidir.*

Yönetmeliğin 15/2. maddesinde orta, büyük ve çok büyük ölçekli ETAHS'ler tarafından yapılacak aracılık sözleşmesinde ek olarak, başka bazı zorunlu unsur eklemeleri de yapılmıştır. Yönetmelikte aracılık sözleşmesi için zorunlu unsur olduğu belirlenen her durumun, sözleşmenin şekline de dahil edilmesi gerektiği şüphesizdir.

#### D. HUKUKİ NİTELİĞİ

Aracılık sözleşmesi şekle bağlı, rızai, ivazlı, sürekli ve tam iki tarafa borç yükleyen isimsiz bir sözleşmedir. Aracılık sözleşmesi Yönetmeliğin 15. maddesinde yer alan düzenlemelere göre asgari içerik koşuluna uygun olarak e-ticaret pazar yerinde aracılık hizmetinin sağlanmasına yönelik irade beyanlarının şekle uygun olarak buluşmasıyla kurulan, aracılık hizmetinin zamana yayılmış şekilde ifa edildiği, sözleşmenin tarafları olan ETAHS ve ETHS'in karşılıklı edim yükümlülüklerinin olduğu bir sözleşmedir. Aracılık hizmetinin sunulması, sözleşmeyi sürekli edimli borç ilişkisi kılmaktadır.

Tanımı gereği elektronik ortamda ifa edilen aracılık sözleşmesi, kuruluş aşamasında da çoğunlukla hazır olmayanlar arasında ve elektronik iletişim araçları vasıtasıyla akdedileceğinden elektronik sözleşme vasfını taşır<sup>68</sup>. Ancak aracılık sözleşmesinin TKHK kapsamında mesafeli sözleşme niteliğinde olması mümkün değildir. Zira aracılık sözleşmesinin tarafları olan ETAHS ve ETHS'nin e-ticaret pazar yerinde faaliyet gösteren kişiler olarak, mesafeli sözleşmelerin asli unsuru olan TKHK'nın 48. maddesinde belirlenen tüketici sıfatını taşımalarının mümkün olmadığı düşünülmektedir.

Aracılık sözleşmesinin unsurları üzerinde tarafların tartışma imkanının olup olmamasına göre sözleşmenin katımlı sözleşme olması ve çoğu durumda ETAHS tarafından hazırlanan genel işlem şartları (GİŞ) içermesi olasıdır. Her iki özellik sözleşmenin içeriğinin belirlenmesinde taraf etkisi dikkate alınarak yapılan bir ayırım olup; katımlı (iltihaki)<sup>69</sup> sözleşmede sözleşmenin içeriği, taraflardan biri veya üçüncü bir tarafça hazırlanmış üzerinde görüşme yapılmayan, bir mal veya hizmetin satın alınması için zorunlu olarak sözleşme içeriğinin kabul

<sup>68</sup> Şebnem Akipek Öcal, “E-Sözleşmelerin Hukuki Niteliği,” iç. *E-Ticaret Sektöründe Tüketici Hukuku Uygulaması*, ed. Ali Tokbaş ve Ali Suphi Kurşun, İstanbul: Aristo, 2017, s. 43-45; Akkurt, “Elektronik Ortamda Hizmet Sunumu ve Buna İlişkin Sözleşmelerin Hukuki Niteliği”, 26.

<sup>69</sup> İpek Sağlam, *Elektronik Sözleşmeler*, İstanbul: Legal Yayıncılık, 2007, s. 79.; Alper Uyumaz, “Elektronik Sözleşmelerin Web Siteleri Aracılığıyla Kurulması ve Bu Sözleşmelerin İfasi” *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 9(özel sayı) (2007), s. 915.

edildiği bir sözleşme türü<sup>70</sup> olarak tanımlanabilir. Aracılık sözleşmesinin GİŞ barındırması halinde TBK'nın 20-25. maddeleri arasında düzenlenen hükümlere göre yürürlük, içerik ve yorum denetimlerine uygun olması şarttır<sup>71</sup>.

“Bir sözleşmenin isimli (tipik) bir sözleşme olarak kabul edilebilmesi için, sözleşmenin esaslı unsurlarının tümünün kanunla düzenlenmiş olması gerekmekte, tanımı ve unsurlarına yer verilmeksizin muhtelif maddelerde bir sözleşmenin adının zikredilmiş olması, o sözleşmeyi isimli sözleşme vasfına büründürmemektedir<sup>72</sup>. Sözleşmenin adı, ETDHK'da sekiz kez anılmış olmakla birlikte; tanımı yapılmamış ve kurucu unsurlarıyla birlikte düzenlenmemiştir. Bu durum Kanununun 11. maddesinde kullanılan “aracılık sözleşmesinde yer verilmesi zorunlu unsurları belirlemeye” Bakanlığın yetkili kılınmasıyla yasa koyucu tarafından da teyit olunmuştur. Açıklanan nedenle aracılık sözleşmesinin de isimli (tipik) bir sözleşme olduğunu söylemek mümkün değildir<sup>73</sup>.

Asıl mesele, bu isimsiz (atipik) sözleşmenin<sup>74</sup>, isimsiz sözleşme türlerinden hangisine dahil olduğunun tespitinin yapılmasıdır. Bu tespit yapılması sözleşmenin kurucu unsurlarının ve sözleşmeyi karakterize eden edimlerin hukuki niteliğinin belirlenmesiyle mümkündür. Aracılık sözleşmesinin kurucu unsurları aracılık hizmeti, bedel<sup>75</sup> ve taraf iradelerinin şekil kuralına

<sup>70</sup> Fikret Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 26. Baskı, Ankara: Yetkin 2022, s. 227.

<sup>71</sup> TTK'nın 18/2. maddesi uyarınca her tacir, ticaretine ait bütün faaliyetlerinde basiretli bir iş adamı gibi hareket etmekle yükümlü olup, tacir tarafça imzalanmış sözleşme yönünden GİŞ hükümlerinin uygulanıp uygulanmayacağı doktrinde ve yargı kararlarında tartışılmıştır. TBK'nın 20-25. maddeleri arasında düzenlenen GİŞ hükümleri sözleşme özgürlüğü çerçevesinde akdedilen sözleşmelerde standart sözleşme imzalamak durumunda kalan zayıfın korunması amacıyla hizmet eden emredici nitelikte hükümlerdir. TTK veya TBK'da işbu hükümlerin tacirlere uygulanmayacağı yönünde sınırlayıcı bir hüküm bulunmadığından emredici nitelikte olan GİŞ hükümleri tacirler arasında akdedilen standart sözleşmeler yönünden de uygulanabilecek ve ancak TTK 18/2. maddesinde yer alan basiretli tacir yükümlülüğü de göz önünde bulundurularak somut olayın özelliğine göre değerlendirme yapılacaktır. Bkz. Yargıtay 17. Hukuk Dairesi'nin 03.07.2018 tarih, 2017/1825 esas ve 2018/6690 karar sayılı ilamı; Yargıtay 11. Hukuk Dairesinin 2019/4467 esas, 2020/3054 karar sayılı ilamı; Yargıtay 11. Hukuk Dairesinin 21.11.2022 tarih ve 2021/4499 esas, 2022/8102 karar sayılı ilamı. <https://karararama.yargitay.gov.tr/#>; Rıza Gündoğdu, “Bir Yargıtay Kararı Işığında Tacirler Bakımından Genel İşlem Koşullarının Değerlendirilmesi”, *Tezrazi Hukuk Dergisi*, Cilt: 15, Sayı: 165, (2020): 958-963; Murat Aydoğdu, “6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununda Düzenlenen Genel İşlem Koşullarının Konu Bakımından Uygulama Alanı” *Dokuz Eylül Hukuk Fakültesi Dergisi* 13(2) (2011): 1- 6. ETDHK ve Yönetmelikte aracılık sözleşmesine yönelik düzenlemelerin amacının e-ticaret pazar yeri oluşumlarının ETHE'ler karşısında eriştiği asimetrik pazarlık gücü karşısında ETHE'lerin korunması olduğu dikkate alındığında; tacir olsun olmasın ETHE'lerin e-ticaret pazar yeri karşısında zayıf taraf olarak kabul edildiği açıktır ve kendilerine dayatılan GİŞ'e karşı korunmaları gerektiği düşünülmektedir.

<sup>72</sup> Oktay; “İsimsiz Sözleşmelerin Geçerliliği, Yorumu ve Boşluklarının Tamamlanması”, 264.

<sup>73</sup> Sözleşmenin hukuki niteliği konusu tartışmalı olup, sözleşmeyi atipik karma sözleşme olarak nitelendiren Demirel, sözleşmenin birçok yönden simsarlık sözleşmesiyle benzeştiğini; ancak farklılıklarının olduğunu belirtmektedir. Demirel, *Elektronik Ticaretin Düzenlenmesi Hakkında Kanun Çerçevesinde Elektronik Pazaryeri Sözleşmesi*, 148.

<sup>74</sup> Sanlı, “Elektronik Ticaretin Düzenlenmesi Hakkında Kanun'da 7416 Sayılı Kanun ile Yapılan Değişikliklerin Rekabet Politikası Açısından Değerlendirilmesi I: Kanun'daki Temel Kavramlar ve Haksız Ticari Uygulamalar”, 1739.

<sup>75</sup> ETDHK'nın Ek 1/2/d maddesinde “Herhangi bir hizmet verilmediği veya verilen hizmetin türü ve hizmet bedelinin tutar ya da oranı aracılık sözleşmesinde belirtilmediği hâlde elektronik ticaret hizmet sağlayıcıdan bedel alınması” şeklinde bir haksız ticari uygulamaya yer verilmiştir. Bu ifade ETHE tarafından aracılık sözleşmesi uyarınca ETHE'ye bir aracılık hizmet bedelinin ödenmesinin sözleşmenin kurucu unsuru olmadığı şeklinde yorumlanmamalıdır. Madde uyarınca haksız ticari uygulama olarak nitelenen, aracılık sözleşmesinde bedelin tutar veya oran olarak kararlaştırılmamış olması halinde bedel alınmasıdır. Başka bir ifadeyle ETHE'nin ödeyeceği bedel,



uygun şekilde buluşması olarak belirlenebilir. Sözleşmenin isimsiz sözleşmeler arasındaki hukuki yeri belirlenirken, özel olarak ele alınması gereken unsur, sözleşmeye adını da veren aracılık edimidir.

7416 sayılı Kanun değişikliğinden önce aracılık faaliyeti, taraflar arasındaki hukuki ilişkinin niteliği konusunda birçok tartışmaya neden olmuş; e-pazar yeri sözleşmesi, platform sağlama sözleşmesi<sup>76</sup> gibi isimlerle nitelendirilen sözleşme, simsarlık, kira, vekalet ilişkisi yönleriyle tartışılmıştır. Ancak 7416 sayılı Kanun ve Yönetmelik hükümlerinde aracılık hizmetinin tanımına yer verilmiş ve aracılık sözleşmesinin asgari içeriğinin düzenlenmiş olması, sözleşmenin hukuki niteliğinin belirlenmesinde yol gösterici olmuştur.

Aracılık sözleşmesinde ETAHS'nin temel edimi olan ve ETAHS tarafından borçlanılan aracılık faaliyetinin tanımı yasa koyucu tarafından yapılmamıştır. Ancak e-ticaret pazar yerinin de kurucu unsurlarından biri olan aracılık, TBK'nın 520 vd. maddelerinde düzenlenen simsarlık sözleşmesi<sup>77</sup> kapsamında, simsarın yürüttüğü aracılık faaliyetinden çok; elektronik ortamda ETHS'nin mal veya hizmetlerine yönelik sözleşme yapmasına imkân sağlayan teknolojik alt yapıyı -ETDHK ve Yönetmelik maddelerinde belirtilen hukuki gereklilikleri karşılar şekilde- tesis etmek ve e-ticaret pazar yerini bu şekilde yapılandırmak olarak anlaşılmalıdır. Aracılık sözleşmesinin temel edimi olan aracılık hizmeti, sözleşmenin tanımı gereğince elektronik ortamda sunulur.

ETAHS tarafından yürütülen aracılık faaliyeti, ağırlıklı olarak işgörme niteliğindeki bir edim olmakla birlikte; bu edimin ifa yeri e-ticaret pazar yeri olduğundan, edim elektronik ortamda ve elektronik ortam vasıtasıyla ifa edilmektedir. Bu yönüyle aracılık hizmetinin hukuki niteliği itibariyle ağırlıklı olarak elektronik ortamda sunulan işgörme edimi yanında elektronik ticareti gerçekleştirmeye yönelik elektronik alan ve araçları kullandırma ve yararlandırma edimlerini de içeren ve hiçbir isimli sözleşmede düzenlenmeyen sui generis<sup>78</sup> bir hukuki nitelik arz ettiği söylenebilecektir.

Zira aracılık sözleşmesi, hukuki niteliği itibariyle ETHS'nin e-ticaret pazar yeri vasfındaki elektronik ticaret ortam üzerinden, ETHS ile alıcılar arasında e-ticaret işlemlerinin

---

tutar veya oran olarak aracılık sözleşmesinde kararlaştırılmış olmalıdır. Aracılık sözleşmesine sinellagmatik nitelik kazandıran unsurlar aracılık hizmetinin sunulması karşılığında bedelin ödenmesidir. Ancak ETAHS'nin, ETHS'den herhangi bir bedel almayacağına kararlaştırıldığı aracılık sözleşmelerinde e-ticaret pazar yerinin müşteri kazanımı yoluyla şebeke etkisini artırarak elde ettiği veya ETHS'nin verilerine erişim ve kullanma yoluyla elde ettiği menfaatlerin, bedel unsurunun ikamesi olarak değerlendirilip değerlendirilmeyeceği hususu gündeme gelecektir. Bu faydaya bedel denilmesi mümkün değilse de, dijital ekonomik yarar olarak nitelenmesi mümkündür.

<sup>76</sup> Kadir Baş, "Online Platformların Acentelik Niteliği ve Bu Platformlar Özelinde Türk Ticaret Kanunu'nun Acenteliğe İlişkin Hükümlerinin Uygulanması", Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi 33(4) (2017): 116 ve devamı.

<sup>77</sup> Simsarlık sözleşmesi, TBK'nın 520. maddesinde "simsarın taraflar arasında bir sözleşme kurulması imkânının hazırlanmasını veya kurulmasına aracılık etmeyi üstlendiği ve bu sözleşmenin kurulması halinde ücrete hak kazandığı sözleşme" olarak tanımlanmıştır.

<sup>78</sup> Zeynep Özbay Özdoğru, *İnternet Ortamında Faaliyet Gösteren Aracılık Edenlerin Mesafeli Sözleşmeden Dolayı Tüketicilere Karşı Sorumluluğunun Şartları*, İstanbul: Oniki Levha Yayınları 2022, s. 35-48. Demirel, elektronik pazar yeri sözleşmesinin isimsiz bir sözleşme olduğu, özellikle kira sözleşmesine ilişkin unsurlar başta olmak üzere birden fazla isimli sözleşmeye ait unsurların mevcut olduğu ve bu nedenle karma sözleşme olduğu görüşündedir. Demirel, Elektronik Ticaretin Düzenlenmesi Hakkında Kanun Çerçevesinde Elektronik Pazaryeri Sözleşmesi, 160.



gerçekleştirilmesi ve siparişin teslimi amacıyla ETAHS tarafından sunulan her türlü hizmeti konu alan ve yasa koyucu tarafından herhangi bir sözleşmede düzenlenmeyen bir edim içermektedir.

Aracılık ediminin bir yönü, simsarlık sözleşmesine benzer şekilde, ETAHS'nin taraflar arasında bir sözleşme kurulması imkânını hazırlamayı veya sözleşmenin kurulmasına aracılık etmeyi üstlenmesidir. Ancak edimin sui generis yönünde, ETAHS'nin hizmet sunan olarak ETHS'ye bağlı (veya onun talimatıyla bağlı) olmaksızın, e-ticaret Pazar yerini ve teknik alt yapısını kurma ve sağlama yükümlülüğü bulunmaktadır.<sup>79</sup> Ayrıca ETAHS'nin bilgilendirme ve hukuka aykırı içerik süreçlerini takip etmek gibi üçüncü taraflara sunulan bazı ek yükümlülükleri de bulunmaktadır<sup>80</sup>.

Bu kapsamda aracılık hizmetinin, TBK'nın 393. maddesinde düzenlenen dar anlamdaki hizmet edimiyle sınırlandırılmadığı gibi; taraflar arasındaki hukuki ilişkiden doğan edimlerin yanı sıra yasal düzenlemelerle belirlenmiş ek yükümlülükleri de ihtiva eden nitelikli işgörme edimlerinden oluştuğunu belirtmek gerekir. ETAHS'nin, ETHS ile alıcılar arasında kurulan e-ticaret işlemlerini sağlayan elektronik teknik alt yapının, ETHS ve alıcıların kullanımına sunulması edimi, elektronik yer sağlama ve kullandırma unsurlarını da içermektedir.

Kullandırma ediminin konusu, ETDHK ve Yönetmelikte belirlenen özellikleri haiz web sayfasında veya uygulamada, ETHS'ye elektronik ortamda yer sağlanması ve sağlanan yerin onun kullanımına sunulmasıdır. Ancak bu edimler ilişkili olduğu izlenimi veren kullandırma amacı güden kira<sup>81</sup> veya kullanım ödünçü gibi isimli sözleşmelerin unsurlarıyla ilişkilendirilmeyecek düzeyde kendine özgü bir yapı sergilemektedir. Zira ETAHS tarafından e-ticaret pazar yerinde ETHS'nin "*alıcıların elektronik ticaret işlemlerini veya sipariş almalarını sağlayan elektronik teknik alt yapının ETHS ve alıcıların kullanımına sunulması*" edimi ETHS'ye özgülenmiş dijital alan üzerinde elektronik işlem hakimiyetinin sağlanması suretiyle gerçekleştirilmektedir. Bu nedenle aracılık sözleşmesini, kullandırma amacı güden değil; işgörme amacı güden sözleşmeler sınıfına dahil etmek daha doğru olacaktır.

<sup>79</sup> Sanlı da aracılık sözleşmesinin simsarlık sözleşmesiyle büyük benzerlik taşımakla birlikte, süreklilik ve yer sağlama hizmeti gibi bazı açılardan farklılaştığını belirtmektedir. Sanlı, "Elektronik Ticaretin Düzenlenmesi Hakkında Kanun'da 7416 Sayılı Kanun ile Yapılan Değişikliklerin Rekabet Politikası Açısından Değerlendirilmesi I: Kanun'daki Temel Kavramlar ve Haksız Ticari Uygulamalar", 1739.

<sup>80</sup> ETDHK ve Yönetmelikte aracılık hizmeti kapsamında sunulan bir kısım faaliyetler yönünden ETAHS'nin ek yükümlülükleri belirlenmiş olup; bu düzenlemeler aynı zamanda aracılık hizmetinin taşınması gereken unsurları içerir. ETDHK'nın 3. maddesinde hizmet sağlayıcıların bilgilendirme yükümlülüğü; 4. maddesinde sipariş, 5. maddesinde ticari iletişime ilişkin esaslar, 6. maddesinde ticari elektronik ileti gönderme şartı, Ek 1. maddesinde haksız ticari uygulamalara sebebiyet vermeyecek şekil ve usullerle davranma gibi yasal yükümlülükleri bulunmaktadır.

<sup>81</sup> TBK'nın 301. maddesi uyarınca kiraya verenin kiralananı sözleşme süresince kullanıma elverişli şekilde kiracının yararlanmasına sunma borcunun aksi kiracı aleyhine genel işlem koşulları yoluyla düzenlenemez. Buna karşılık aracılık sözleşmesinde aracılık hizmetinin asli edimi olan ETHS'nin e-ticaret pazaryeri üzerinden e-ticaret yapabilmemesini sağlayan elektronik alanı veya teknik alt yapıyı kullandırma veya yararlanmasını sağlama edimi bir yönüyle elektronik kullandırma hakkını içerse de bu hak, kira sözleşmesinde TBK'nın 301. maddesindeki emredici nitelikteki hükümlerle korunmamaktadır. Aracılık sözleşmesinde, aracılık hizmetinin ETAHS tarafından tek taraflı olarak sınırlandırılması, değiştirilmesi veya sonlandırılmasına ilişkin düzenlemeler getirilebilmekte; aracılık sözleşmesinde yer almasa dahi yasal düzenlemelerde yer alan şartlar dahilinde ETAHS'ye aracılık hizmetini derhal sonlandırma hakkı tanınmaktadır.

Aracılık sözleşmesinin işgörme amacı güden bir sözleşme olduğunun tespiti, TBK'nın 502/2. maddesinde yer verilen "Vekaletle ilişkin hükümler, niteliklerine uygun düştikleri ölçüde, bu Kanunda düzenlenmemiş olan işgörme sözleşmelerine de uygulanır." hükmü üzerinde durulmasını gerektirmektedir. Aracılık sözleşmesini bir vekalet sözleşmesi olarak nitelendirmek mümkün değilse de<sup>82</sup>; TBK'nın 502/2. maddesi ışığında sözleşmeden doğan ihtilaflara kıyasen vekalet sözleşmesi hükümleri -uygun düştüğü ölçüde- uygulanacaktır.

ETAHS'nin aracılık sözleşmesi nedeniyle ETHE'nin ticari vekili olup olmadığı hususunun da değerlendirmeye alınması gerekir. TBK'nın 551/1. maddesi uyarınca, "ticari vekil, bir ticari işletme sahibinin, kendisine ticari temsilcilik yetkisi vermeksizin, işletmesini yönetmek veya işletmesinin bazı işlerini yürütmek için yetkilendirdiği kişidir". Maddenin ikinci fıkrasında bu yetkinin, "işletmenin alışılmış bütün işlemlerini kapsadığı" da kaleme alınmıştır. Aracılık sözleşmesi nedeniyle taraflar arasında ticari vekalet ilişkisi kurulması, ETHE'nin ETAHS ile arasındaki sözleşme ilişkisinde, ona işletmesini yönettirmek veya işletmesinin bazı işlerini yürütmek için bir yetki vermemesi nedeniyle mümkün görünmemektedir.

#### E. TARAFLARIN YÜKÜMLÜLÜKLERİ

Aşağıda ETDHK ve Yönetmelik düzenlemeleri dikkate alınmak suretiyle aracılık sözleşmesinin tarafı olan ETAHS ve ETHE'nin sözleşmeden kaynaklanan temel yükümlülükleri incelenecektir. Aracılık sözleşmesi isimli bir sözleşme olmamakla birlikte, tarafların bazı yükümlülüklerinin ETDHK'dan ve Yönetmelikten kaynaklanan normatif dayanakları bulunmaktadır. Ancak sözleşmenin esaslı unsurlarının, taraflarının hak ve yükümlülüklerinin tümünün mevzuatta yer aldığı söylenmesi mümkün değildir.

Kanun ve Yönetmelikte düzenlenen yükümlülükler genellikle e-ticaretin ve e-ticaret pazar yerinin tanımlanmasına ve düzenlenmesine ilişkindir. Ayrıca ETDHK ve Yönetmelik'te aracılık sözleşmesine ilişkin düzenlenen hükümlerin, taraflar arasındaki borç ilişkisinin kurallarının belirlenmesinden çok; e-ticaret pazar yerindeki ETHE'lerin ve aynı pazarda faaliyet gösteren ETAHS'lerin arasındaki rekabetin korunması amacına yönelmiş oldukları göz ardı edilmemelidir.

Tarafların mevzuatta anılan yükümlülüklerin yanı sıra aralarındaki sözleşmeye ek koşullar eklemeleri kural olarak mümkündür. Ancak taraflarca aracılık sözleşmesine eklenen bu sözleşme unsurlarının, ETDHK'nın haksız ticari uygulamalara ilişkin Ek 1. maddesinde düzenlenen yasaklamalara takılmamaları gereklidir. Sözleşme içeriğinde ETDHK kapsamında yasaklı

<sup>82</sup> TBK'nın 505. maddesine göre vekil, vekâlet verenin açık talimatına uymakla yükümlü olup, aynı zamanda vekalet verenin yararını da gözetmekle yükümlüdür. ETAHS, aracılık hizmeti kapsamında -sözleşmede kararlaştırılmadıkça- yasal bir yükümlülük gereği ETHE'nin yararını gözetmekle yükümlü değildir. Ayrıca vekalet sözleşmesinin aksine ETAHS'nin, ETHE'nin talimatlarıyla bağlı olması da gerekli değildir. Demirel, Elektronik Ticaretin Düzenlenmesi Hakkında Kanun Çerçevesinde Elektronik Pazar Yeri Sözleşmesi, 143. Sarı, aracılık faaliyeti karşılığı ücret talep edilmediği durumda ücretin yasal unsur olduğu simsarlık ilişkisi değil, vekalet ilişkisinin kurulduğu görüşündedir. Ayrıca aracılık yapan tarafın süreklilik ve bağımlılık arz edecek şekilde aracılık hizmeti sunması halinde pazarlamacılık veya acentelik hükümlerinin uygulamaya alınabileceğini; simsarın aracılık faaliyetinde bulunmasının bir yükümlülük değil, külfet olduğunu savunmaktadır. Onur Sarı, "Fikri Ürüne İlişkin Simsarlık Sözleşmesi", *Erciyesi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 14(2) (2019), s. 405-433.

eylem ve işlemlerin yer alması halinde, bu sözleşme unsurlarının kanunun emredici hükümlerine aykırılık nedeniyle geçersiz olacakları da şüphesizdir.

Aşağıda aracılık sözleşmesinin taraflarının özellikle ETDHK ve Yönetmelik kapsamında düzenlenmiş yükümlülükleri üzerinde durulacaktır. Zira sözleşme isimsiz sözleşme niteliğini taşıdığından, taraf iradeleri ışığında hak ve yükümlülüklerin şekillendirilmesi mümkündür. Bu sözleşme serbestisinin sınırını çizen ise ETDHK ve Yönetmelikte sözleşmenin tarafları için düzenlenmiş olan yükümlülüklerdir.

Tarafların mevzuattan kaynaklanan yükümlülüklerinin açıklanmasına geçilmeden önce, sözleşmenin işgörme amacı taşımasından kaynaklanan ve her iki tarafı için de geçerli olan sadakat yükümlülüğünden söz etmek gerekir. Aracılık sözleşmesi nedeniyle tarafların birbirlerine ait pek çok işletme/şirket bilgisini, pazarlama stratejisini veya ticari sırrı öğrenmeleri söz konusu olmaktadır. TBK'nın 502/2. maddesi ışığında, ETAHS ve ETHE'nin, aracılık sözleşmesi nedeniyle öğrendikleri bilgileri TBK'nın 506/2. maddesinde düzenlenen sadakat yükümlülüğü çerçevesinde sır olarak saklamaları gerekir. Hatta tarafların bu sır saklama yükümlülüklerinin aralarındaki sözleşme ilişkisi son bulduktan sonra da süreceği düşünülmektedir.

### 1. ETAHS'nin Yükümlükleri

ETAHS'nin aracılık sözleşmesinden kaynaklanan temel yükümlülüğü, e-ticaret pazar yerini kurmak; burada ETHE'ye mal ve hizmetlerini alıcılara sunması için yer sağlamak ve ETHE'lerle alıcılar arasında sözleşme kurulmasına aracılık etmektir. Ancak makalenin buraya kadar olan kısmında, gerek sözleşmenin ve e-ticaret pazar yerinin kurucu unsuru olan aracılık faaliyetine yeterince yer verilmiş olduğundan; ETAHS'nin aracılık sözleşmesinden kaynaklanan diğer yükümlülükleri üzerinde durulması tercih olunmuştur.

ETDHK'nın Ek 2. maddesi "*ETAHS'nin yükümlülükleri*" kenar başlığını taşımaktadır. Maddede düzenlenen yükümlülüklerin tamamının aracılık sözleşmesinden kaynaklandığını söylemek mümkün değildir. Hatta yasa koyucunun ETAHS için düzenlediği yükümlülüklerin çoğunun, sözleşmenin akit tarafı olan ETHE'nin korunması amacıyla çok, e-ticarette rekabetin korunması amacıyla yönelmiş olduğunun söylenmesi yanlış olmayacaktır.

ETDHK'nın Ek 2/11. maddesinde, getirilen yükümlüklerin münhasırlık içeren bayilik sözleşmesi ve acentelik sözleşmesi gibi hukuki ilişkiler kapsamında ETAHS'ye ait markalı mal ve hizmetlerin satışa sunulmasına özgülenmiş e-ticaret pazar yerleri hakkında uygulanmayacağı da belirtilmiştir. ETDHK haricinde Yönetmelikte de ETAHS'ye yönelik yükümlülükler yer almaktadır. Aşağıda kısaca bu yükümlülükler üzerinde durulacaktır.

#### a. Dahili İletişim Sistemini Kurmak, ETHE'nin Kullanımına Sunmak ve Aracılık Sözleşmesini Bu Sistemde Bulundurmak

Dahili iletişim sistemi, ETDHK'nın 4/1/ç maddesi uyarınca, "*ETAHS'in aracılık hizmeti sunduğu ETHE'lerle e-ticaret pazar yerindeki her türlü iletişimini kolay ve ücretsiz sağlamak üzere oluşturduğu sistem*" anlamına gelmektedir. ETAHS tarafından kurulup işletilecek olan e-ticaret pazar yerinde var olması şart koşulan bu sistem, hem Yönetmeliğin 15/1/e, f maddeleri gereğince aracılık sözleşmesinin, ETHE tarafından kolayca erişilebilir şekilde

saklanması açısından da işleve sahiptir. Hatta aracılık sözleşmesinin ETHS'nin istediği her an erişebileceği şekilde dahili iletişim sisteminde bulundurulmaması, Yönetmeliğin 11/c maddesinde haksız ticari uygulama olarak sayılmıştır. Norm koyucunun ifadesinden anlaşılan, aracılık sözleşmesinin dahili işletim sistemine kaydetme ve saklama yükümlüsünün ETAHS olduğudur.

Ayrıca ETAHS ve ETHS kendi durumlarına veya sözleşmeye ilişkin değişiklik ve güncellemeleri bu sistem üzerinden bir diğerine bildirmekle yükümlü kılınmışlardır (Yönetmelik md. 5/5; 6/3 ve 16/1, 3). ETHS'nin fikri veya sınai mülkiyet hakkı ihlaline yönelik şikayet başvurusunun “*dâhili iletişim sistemi, noter veya KEP aracılığıyla ETAHS'ye yapılacağı*” da Yönetmelikte (md. 12/1) düzenlenmiştir. Yönetmeliğin 18/3. maddesi gereğince ETAHS ayrıca Bakanlık görevlilerinin dahili iletişim sisteminde yer alan bilgileri görebilmesine ilişkin teknik gereklilikleri de karşılamak durumundadır.

#### **b. İşlem Rehberi Yayınlamak**

İşlem rehberi yayınlamak Yönetmeliğin 7. maddesi uyarınca hem ETAHS hem de kendine ait elektronik ortamda satış yapan ETHS açısından düzenlenmiş bir yükümlülüktür. Bu rehberde yer alması gereken zorunlu içerik de aynı maddede belirlenmiştir.

#### **c. Siparişlere İlişkin Şekil ve Bildirim Süreçlerine Uymak**

Yönetmeliğin 8. maddesi uyarınca ETAHS ve ETHS, siparişlere ilişkin bazı kurallara uymakla yükümlü kılınmış olup, “*ikinci el malların ayrı kategoride satışa sunulması; siparişin onaylanması aşamasında (ödeme bilgilerinin girilmesinden önce) vergi ve teslimat masrafları da dâhil olmak üzere alıcının ödeyeceği toplam bedelin ve sözleşmenin diğer şartlarının alıcı tarafından açıkça görülmesinin sağlanması; mal veya hizmetin toplam bedeli, fiyatın hesaplanma usulü ve teslimat masrafları önceden belirlenemiyorsa buna ilişkin ek masrafların ödenebileceği bilgisinin verilmesi; alıcının siparişi onaylamasından önce veri girişindeki hatalarını belirleyebilmesi ve düzeltebilmesi amacıyla özet sipariş formu ile geri al gibi teknik araçlarının ve sözleşme hükümlerinin, alıcı tarafından yeniden görülebilmesi, basılı bir şekilde kullanılabilmesi ve saklanabilmesi amacıyla söz konusu hususların alıcıya fiziki veya elektronik ortamda sağlanması*” şeklinde belirlenmiştir.

Yönetmeliğin 9. maddesi uyarınca ETAHS ve ETHS alıcıya sipariş aldığını bildirmek ve bu hususta teyidini almakla yükümlüdür. Alıcıya sipariş alındığına yönelik bildirim sipariş işleminin gerçekleştirildiği e-ticaret ortamı üzerinden ve ayrıca e-posta, telefon mesajı veya telefon araması gibi teknik yollardan en az biriyle yapılmalıdır. Bu bildirim erişim mümkün olduğu anda sipariş ve siparişin alındığının teyidi gerçekleşmiş olmaktadır.

#### **d. Haksız Ticari Uygulama Yapmamak**

ETDHK'nın “*Elektronik ticarete haksız ticari uygulamalar*” kenar başlığını taşıyan Ek 1/1. maddesinde haksız ticari uygulama, “*ETAHS'nin aracılık hizmeti sunduğu ETHS'nin ticari faaliyetlerini önemli ölçüde bozan, makul karar verme yeteneğini azaltan veya belirli bir kararı almaya zorlayarak normal şartlarda taraf olmayacağı bir ticari ilişkinin tarafı olmasına sebep olan uygulamaları*” kapsayacak şekilde tanımlanmış ve emredici nitelikte yasaklanmıştır.

Haksız ticari uygulamada bulunan ETAHS'ler için Kanunun 12. maddesinde idari para cezaları düzenlenmiştir. Haksız ticari uygulamaya maruz kalan ETHS'lerin aracılık sözleşmesini haklı nedene dayalı olarak feshetmeleri mümkün olduğu gibi; ortaya çıkan zararlarının tazminini, kendisine haksız ticari uygulamada kusur yüklenebilen ETAHS'den talep etmeleri de mümkündür.

EDTHK'nın Ek 1/2. maddesinde altı bent halinde sayılan hallerin haksız ticari uygulama olarak vasıflandırıldığına yönelik bir karine düzenlenmiştir. Başka bir ifadeyle sayılan faaliyetler yönünden ETAHS'nin davranışının, ETDHK'nın Ek 1/1. maddesinde tanımlandığı şekilde *“ETHS'nin ticari faaliyetlerinin önemli ölçüde bozulması, makul karar verme yeteneğini azaltması veya belirli bir kararı almaya zorlaması ve normal şartlarda taraf olmayacağı bir ticari ilişkinin tarafı olmasına sebep olması”* gibi haksız ticari uygulama unsurları aranmaksızın haksız olarak kabul edilmiştir. Haksız ticari uygulama olarak sayılan hallerden tamamına yakını, aracılık sözleşmesinin ETAHS tarafından ihlali sonucuna da sebep olacak niteliktedir.

Kanunun Ek 1/2. maddesinde “mal veya hizmet satışı karşılığında ETHS'ye yapılması gereken ödemenin, en geç satış bedelinin ETAHS'nin<sup>83</sup> tasarrufuna girdiği ve siparişin alıcıya ulaştığı tarihten itibaren beş iş günü içinde eksiksiz yapılmaması; ETAHS tarafından satış fiyatında tek taraflı değişiklik yapılması da dahil olmak üzere, ETHS'nin kampanyalı mal veya hizmet satışına zorlanması; ETHS'yle olan ticari ilişkinin koşullarının, yazılı şekilde veya elektronik ortamda yapılan aracılık sözleşmesiyle belirlenmemesi ya da bu sözleşmenin açık, anlaşılır ve e-ticaret hizmet sağlayıcı tarafından kolay erişilebilir olmasının sağlanmaması; ETHS'nin aleyhine olacak şekilde aracılık sözleşmesi hükümlerinde geçmişe yönelik veya tek taraflı değişiklik yapılması ya da buna imkân sağlayan herhangi bir hükme aracılık sözleşmesinde yer verilmesi; herhangi bir hizmet verilmediği veya verilen hizmetin türü ve hizmet bedelinin tutar ya da oranı aracılık sözleşmesinde belirtilmediği hâlde ETHS'den bedel alınması; aracılık sözleşmesinde herhangi bir nesnel ölçüte yer verilmediği halde ya da kamu kurumlarına veya adli mercilere başvuruda bulunulduğu gerekçesiyle ETHS'nin sıralama ya da tavsiye sisteminde alt sıralara kaydırılması, ETHS'ye sunulan aracılık hizmetinin sınırlandırılması, askıya alınması veya sonlandırılması” haksız uygulama halleri olarak örnekleme yoluyla sayılmıştır.

#### **e. Hukuka Aykırı İçeriği Yayından Kaldırmak ve Fikri ve Sınai Mülkiyet Hakkı İhlaline Yönelik Şikâyet Başvurularını Neticelendirmek**

ETDHK'nın 9/1. maddesi uyarınca ETAHS, ETHS tarafından sunulan içerikten ve içeriğe konu mal veya hizmetteki hukuka aykırılıktan -kural olarak- sorumlu tutulamaz. Ancak maddenin 2. fıkrasında ETAHS'ye, hukuka aykırı durumdan bilgi sahibi olması halinde e-ticaret pazaryerinde içeriği gecikmesizin yayımdan kaldırma ve hukuka aykırılık hususunu ilgili kamu kurum ve kuruluşlarına bildirme yükümlülüğü getirilmiştir. ETDHK'nın 9/3. ve Yönetmeliğin 12. maddesi uyarınca ETAHS, fikri ve sınai mülkiyet hakkı ihlaline dair bilgi ve belgeye dayanan şikâyet üzerine, ETHS'nin şikâyete konu ürününü şikâyetin kendisine ulaşmasından itibaren 48 saati geçmeyecek sürede yayımdan kaldırarak durumu şikâyet sahibine

<sup>83</sup> ETDHK'nın Ek 1/3. maddesinde “ETAHS'nin ekonomik bütünlük içinde bulunduğu ödeme hizmeti sağlayıcısına yapılan ödemelerin, ETAHS'ye yapılmış kabul edileceği” açıklığa kavuşturulmuştur.

ve ETHS'ye bildirmek; varsa itirazları değerlendirmek ve sonuçlandırmakla yükümlü kılınmıştır.

#### **f. Satış ve Pazarlama Faaliyetlerinde ETDHK ve Yönetmelik Kapsamında Düzenlenen Kısıtlamalara Uymak**

ETAHS'nin uymakla yükümlü olduğu başlıca satış kısıtlamalarından biri, ETDHK'nın Ek 2/1/a maddesinde düzenlenmiştir. Söz konusu hükme göre *“ETAHS, aracılık hizmeti sunduğu e-ticaret pazar yerlerinde kendisinin veya ekonomik bütünlük içinde bulunduğu kişilerin markasını taşıyan ya da marka kullanım hakkını haiz olduğu malları satışa sunamaz veya bu malların satışına aracılık edemez. Bu malların, farklı e-ticaret ortamında satışa sunulması halinde bu ortamlara erişim sağlayamaz ve tanıtımını yapamaz.”* Ancak bu hüküm, toplam satış hasılatının yarısından fazlasını e-ticaret dışındaki satışlardan elde eden kişilerin markasını taşıyan veya marka kullanım hakkını haiz olduğu mallar hakkında uygulanmaz<sup>84</sup>. ETDHK'nın Ek 2/1/c maddesi uyarınca ETAHS, ETHS'lerin rızasını almadan, kayıtlı alan adlarının ana unsurunu oluşturan tescilli markalarını kullanarak çevrim içi arama motorlarında pazarlama ve tanıtım faaliyetinde bulunamaz. Bunlara ek olarak Kanunda orta, büyük ve çok büyük ölçekli ETAHS'ler için başka satış ve pazarlama yükümlülükleri de düzenlenmiştir.

#### **g. Bilgi Vermek ve Doğrulamak**

Yönetmeliğin 6/1. maddesinde ETAHS'nin, e-ticaret pazar yerinin ana sayfasında doğrudan ulaşılabilecek şekilde *“iletişim”* başlığı altında maddede sayılan bilgileri eksiksiz olarak buldurması gerektiği düzenlenmiştir. Bunlar tacir için ticaret unvanı, MERSİS numarası ve merkez adresi; esnaf ve sanatkâr için adı ve soyadı, vergi kimlik numarası ve merkez, KEP ve e-posta adresleri, telefon numarası, varsa işletme adıyla tescilli markası; mensubu olduğu meslek odası, meslekle ilgili davranış kuralları ve bunlara elektronik olarak ne şekilde ulaşılabileceğine ilişkin bilgiler olarak sayılmıştır.

ETAHS, Yönetmeliğin 6/2. maddesi gereğince, Yönetmeliğin 5/2, 3. maddelerinde düzenlenen bilgileri, ETHS'ye özgülenmiş elektronik alanda erişime açılması için gerekli teknik imkanları da ona sağlamakla yükümlüdür. ETAHS'nin bir diğer yükümlülüğü ETDHK'nın Ek 2/1/ç. maddesi uyarınca ETHS'nin tanıtıcı bilgilerini, kendisinden temin ettiği belgeler üzerinden veya ilgili kurumların erişime açık e-sistemlerinden doğrulamasıdır. ETHS'nin tanıtıcı bilgilerini doğrulama faaliyeti ETAHS tarafından her yılın ilk üç ayı içinde yapılmalı, bu bilgilerin güncel olmadığı durumda en fazla üç işgünü içerisinde ETHS'ye bilginin güncellenmesi yönünde bildirimde bulunulmalıdır. Tanıtıcı bilginin güncellenmesi tarihine kadar ETAHS sadece mevcut siparişlere yönelik aracılık hizmeti sunabilecek ve doğrulama işlemi yapılamadığından ancak yeni sipariş veya satışlara ilişkin aracılık hizmeti sunamayacaktır.

#### **h. E-ticaret Lisansı Almak**

ETDHK'nın Geçici 2/3. maddesi uyarınca ETAHS'nin Ek 4. madde kapsamındaki lisans alma yükümlülüğü 01.01.2025 tarihinden itibaren yerine getirilir. Kanunun Ek 4/1.

<sup>84</sup> Ancak ETDHK'nın Ek 2/5. maddesi uyarınca dergi ve gazete gibi süreli yayınlarla kitap ve elektronik kitap okuyucuları hakkında bu sınırlama uygulanmaz.



maddesi uyarınca bir takvim yılındaki net işlem hacmi on milyar TL'nin ve iptal ve iadeler hariç işlem sayısı yüz bin adedin üzerinde olan ETAHS, faaliyetine devam edebilmek için Bakanlıktan lisans ücretini ödeyerek lisans almak ve lisansını yenilemek zorundadır<sup>85</sup>.

### 1. Bildirimde Bulunmak

ETAHS'ler, ETDHK ve Yönetmelik gereği bazı bildirim yükümlülüklerine tabi kılınmıştır. Örneğin ETAHS'ler Kanununun 9/2. maddesi uyarınca yayımdan kaldırdığı hukuka aykırı içeriği ilgili kamu kurum ve kuruluşlarına bildirme yükümlüsüdür. *“ETHS tarafından sağlanan içerikle ilgili mevzuata aykırı hususların tespitine yönelik işlemleri ve bunun sonucunda tespit edilen aykırılıkları içeren raporu Bakanlıkça belirlenen usul ve esaslara göre Bakanlığa göndermelidir (ETDHK Ek md. 2/2/f). ETDHK'nın Ek 2/2/ç maddesi uyarınca “bir takvim yılındaki net işlem hacmi on milyar TL'nin üzerinde olan ETAHS, 6362 sayılı Kanununun 13. maddesi uyarınca borsada kayden izlenen paylar hariç olmak üzere, şirket ortaklarının %5 ve katlarına ulaşan pay devir veya edinimlerini, bu oranlara ulaşılmasını sağlayan devrin veya edinimin pay defterine işlendiği tarihten itibaren bir ay içinde Bakanlığa bildirmekle yükümlü”* kılınmıştır.

### 2. ETHS'nin Yükümlülükleri

ETHS'nin aracılık sözleşmesinden kaynaklanan bazı yükümlülükleri ETDHK'nın *“Elektronik ticaret hizmet sağlayıcının yükümlülükleri”* başlıklı Ek 3. maddesinde ve Yönetmelik kapsamında belirlenmiştir. ETAHS'nin yükümlülüklerine ilişkin kısımda da vurgulandığı üzere, ETHS'nin aracılık sözleşmesinden kaynaklanan yükümlülükleriyle Kanun ve Yönetmelikten doğan yükümlülüklerinin birebir örtüştüğünün söylenmesi mümkün değildir. Örneğin ETDHK'nın Ek 3/1. maddesinde yer verilen *“ETHS'nin ekonomik bütünlük içinde bulunmadığı kişilerin alan adının ana unsurunu oluşturan tescilli markasını kullanarak çevrim içi arama motorlarında pazarlama ve tanıtım faaliyetinde bulunamayacağına”* yönelik kural, aracılık sözleşmesinden değil; doğrudan kanundan kaynaklanan bir yükümlülüktür.

Bu kapsamda aşağıda ETHS'nin mevzuattan kaynaklanan yükümlülüklerin incelenmesine geçilmeden önce, normatif düzeyde ayrıntılı olarak üzerinde durulmayan bedel ödeme borcunun açıklanması gerekir<sup>86</sup>. TBK'nın 502/2. maddesinde yapılan atıf gereği isimsiz işgörme sözleşmelerine vekalet sözleşmesine ilişkin hükümler uygun düştüğü ölçüde ve kıyasen uygulanacaktır. Aynı maddenin üçüncü ve son fıkrasında *“Sözleşme veya teamül varsa vekil, ücrete hak kazanır.”* kuralına yer verilmiştir.

TBK'nın 502/3. maddesi çerçevesinde sözleşmede açıkça kararlaştırılmış olmasa da teamülün gerekli kıldığı hallerde vekilin (ETAHS) ücrete hak kazanacağı belirtilmiştir. Ancak

<sup>85</sup> Ancak bu hüküm münhasırlık içeren bayilik sözleşmesi ve acentelik sözleşmesi gibi hukuki ilişkiler kapsamında ETAHS'ye ait markalı mal ve hizmetlerin satışa sunulmasına özgülenmiş e-ticaret pazar yerleri hakkında uygulanmaz (ETDHK Ek md. 4/9).

<sup>86</sup> Reklam ve pazarlama ücretleri, üyelik-abonelik ücretleri, işlem komisyon ücretleri, listeleme ücreti, bilgi satış ücretleri yanında gelir paylaşım anlaşmaları kapsamında elde edilen gelirler şeklinde gerçekleştirilmektedir. Demirel, Elektronik Ticaretin Düzenlenmesi Hakkında Kanun Çerçevesinde Elektronik Pazaryeri Sözleşmesi, 62-66; Esin Aygün v.đğr., Rekabet Kurumu Dijital Dönüşümü Rekabet Hukukuna Yansımaları, 229.



Yönetmeliğin 11/2/d maddesinde yer verilen “*hizmet bedelinin tutar ya da oranı aracılık sözleşmesinde belirtilmediği hâlde ETHS’den bedel alınması*” şeklindeki haksız ticari uygulama hali, TBK’nın 502/3. maddesinin aracılık sözleşmesi açısından uygulanırlığını, ortadan kaldırmamaktadır. Başka bir ifadeyle sözleşmede açıkça kararlaştırılmamış olsa da ETAHS, teamül gereği ücrete hak kazanmaktadır. Ancak ETHS’nin aracılık sözleşmesinden kaynaklanan ücret ödeme borcunun tutar veya oran olarak aracılık sözleşmesinde belirtilmemesi haksız ticari uygulama hali oluşturacaktır.

#### **a. Bilgi Vermek**

ETDHK’nın 3. ve Yönetmeliğin 5. maddelerine göre ETHS, e-ticaret pazar yerinde kendine ayrılan kısımda, işletmesine ait bilgilere yer vererek (muhtemeller de dahil olmak üzere) alıcıları bilgilendirmekle yükümlü kılınmıştır. Bu bilgiler; ETHS’nin tacir, esnaf ve sanatkâr olmasına göre farklılaşan ticari bilgileri, vergi kayıtları, marka bilgileri, adres ve iletişim bilgileri ile tabii olduğu meslek kuruluşu bilgileri şeklinde özetlenebilir.

Yönetmeliğin 5/4. maddesine göre e-ticaret pazar yerinde satış yapan ETHS, ETAHS’ye merkez ve e-posta adreslerini, telefon numarasını bildirmekle yükümlü olup, iletişim bilgilerinde değişiklik olması halinde iletişim sistemi üzerinden güncellemeleri yapmak ve en geç ertesi günün sonuna kadar dahili iletişim sistemi yoluyla bu konuda ETAHS’ye bildirimde bulunmakla yükümlüdür (Yönetmelik md. 5/5).

#### **b. İşlem Rehberi Yayınlamak**

ETHS, pazar yerinde kendisine ayrılan e-ticaret ortamının ana sayfasında işlem rehberine yer vermekle yükümlüdür. Yönetmeliğin 7. maddesi uyarınca ETHS, “*işlem rehberi*” başlığı altında “*sözleşmenin kurulabilmesi için mal ve hizmetin seçilmesi, teslimat ve ödeme bilgilerinin girilmesiyle siparişin onaylanması gibi gerekli aşamaları gösterir şekilde teknik adımları; sözleşmenin e-ortamda saklanıp saklanmayacağıyla bu sözleşmeye alıcının daha sonra aynı ortamda erişiminin mümkün olup olmayacağı ve bu erişimin ne kadar süreyle sağlanacağına ilişkin bilgiyi; alıcının siparişi vermeden önce veri girişindeki hatalarını belirleyebilmesi ve düzeltebilmesi amacıyla özet sipariş formuyla geri al gibi teknik araçların sunulacağına ilişkin bilgiyi; alıcıyla arasında uyumsuzluk çıkması halinde varsa alternatif uyumsuzluk çözüm mekanizmaları*” hakkındaki bilgileri güncel olarak yayınlamakla yükümlüdür.

#### **c. Siparişlere İlişkin Şekil ve Bildirim Süreçlerine Uymak**

Bu konuda yukarıda ETAHS’nin aynı adı taşıyan yükümlülükleri ile ilgili yaptığımız açıklamalara atıf yapmakla yetiniyoruz.

#### **d. Satış ve Pazarlama Faaliyetlerinde ETDHK ve Yönetmelik Kapsamında Düzenlenen Kısıtlamalara Uymak**

Yönetmelik’in 33/5. maddesi uyarınca toplam satış hasılatının yarısından fazlasını e-ticaret dışındaki satışlardan elde edenler dışındaki ETHS’ler; ETDHK’nın Ek 3/1 ve Yönetmeliğin 20/1. maddesi uyarınca, “*yazılı şekilde veya e-ortamda önceden olumlu irade beyanlarını almadan ekonomik bütünlük içinde bulunmadığı kişilerin alan adlarının münhasıran ana*

*unsurunu oluşturan tescilli markalarından oluşan anahtar kelimelere reklam vererek çevrim içi arama motorlarında pazarlama ve tanıtım faaliyetinde bulunamayacakları” gibi Yönetmeliğin 20/6. maddesi uyarınca orta, büyük ve çok büyük ölçekli ETHS’ler, “kendine veya ekonomik bütünlük içinde bulunduğu kişilere ait e-ticaret ortamları arasında erişim imkânı sunamaz ve bu ortamlarda birbirinin tanıtımını yapamaz”.*

#### **e. E-ticaret Lisansı Almak**

ETDHK’nın Ek 3 ve Yönetmeliğin 30. maddesi uyarınca orta, büyük ve çok büyük ölçekli olup toplam satış hasılatının yarısından fazlasını e-ticaret satışlarından elde eden ETHS’lere e-ticaret lisansı alma ve faaliyeti süresince bu lisansı yenileme yükümlülüğü getirilmiştir.

#### **f. Kayıtları Saklamak**

EDTHK’nın 11/3 ve Yönetmeliğin 33/6. maddeleri uyarınca ETAHS ve ETHS’ler, ETDHK kapsamında gerçekleştirilen işlemlere ilişkin belge, elektronik kayıt, bilgiyi işlemin gerçekleştiği tarihten itibaren on yıl süreyle saklamak ve talep etmesi durumunda Bakanlığa sunmakla yükümlüdür. Ancak Yönetmeliğin 33/7. maddesine göre ortak kamu e-platfomu üzerinden kurulan kamu hizmetinin sağlanmasına yönelik abonelik ilişkilerinde bu yükümlülük sadece ETHS’ye tevdi olunmuştur.

### **F. ARACILIK SÖZLEŞMESİNİN DEĞİŞTİRİLMESİ**

Aracılık sözleşmesi genellikle GİŞ barındıran bir katımlı sözleşme olarak kurulduğundan, ETAHS’nin tek taraflı iradesiyle aracılık sözleşmesini değiştirme yetkisini, sözleşmeye koyacağı bir şartla elinde tutma ihtimali, sözleşme hükümlerinin ETAHS tarafından değiştirilmesinin belirli usul ve şartlara tabi kılınmasını gerektirmiştir. Yönetmeliğin “*Aracılık sözleşmesi hükümlerinin ETAHS tarafından değiştirilmesi*” kenar başlıklı 16/1. maddesi uyarınca ETAHS, aracılık sözleşmesindeki değişiklikleri ancak ön bildirim yoluyla yapabilmektedir.

Yönetmeliğin 16/2. maddesine göre ETAHS, -ETAHS tarafından 15 günden daha fazla bir bildirim süresi belirlenmedikçe- dâhili iletişim sistemi ve ayrıca onaylanmış e-iletişim adresi üzerinden ETHS’ye yaptığı bildirim tarihinden itibaren on beş günlük sürenin sonunda değişikliği uygulamaya alabilecektir. Ancak aynı maddede değişikliğin “*ETHS tarafından teknik geliştirme yapılmasını gerektiren haller ile komisyon oranlarının ve diğer hizmet bedellerinin artırılması, aracılık hizmetinin kısıtlanması, askıya alınması veya sonlandırılması, ETHS’ye yeni cezai şart getirilmesi, hak ve menfaat dengesinin ETHS aleyhine bozulması gibi sonuçlar doğurması durumunda*”bu süre en az otuz gün olmak zorunda olduğu düzenlenmiştir. Yönetmeliğin 16/3. maddesi uyarınca söz konusu değişiklik bildirimini karşısında ETHS, sözleşme değişikliklerini kabul etmiyorsa, süre sona ermeden önce dâhili iletişim sistemi üzerinden fesih bildiriminde bulunarak aracılık sözleşmesini tazminatsız olarak sona erdirebilir. ETHS tarafından yapılan fesih, bildirimini yapıldığı tarihten itibaren sonuç doğurur. Yönetmeliğin 17/8. maddesi uyarınca ETAHS tarafından yapılacak bildirimlerin, dâhili iletişim sistemi üzerinden ve ayrıca onaylanmış elektronik iletişim adreslerinden biri aracılığıyla, ETHS tarafından

yapılacak açıklamanın ise onaylanmış elektronik iletişim adresi gerekmeksizin sadece dâhili iletişim sistemi üzerinden yapması mümkün kılınmıştır.

### G. ARACILIK SÖZLEŞMESİNİN SONA ERMESİ

Aracılık sözleşmesi, sürekli borç ilişkisi niteliği gereğince kararlaştırılan sürenin sona ermesi, taraflardan birinin ölümü, fiil ehliyetinin kaybı, tüzel kişiliğin son bulması, iflas ve sonraki imkansızlık gibi taraf iradelerinden bağımsız ve genel nedenlere dayalı olarak sona erebileceği gibi; iki tarafın anlaşmasıyla ya da fesih yoluyla sona erdirilebilir.

Sürekli borç ilişkisi niteliği taşıyan sözleşmelerde, sözleşmenin ifasına başlanmasından sonra sözleşmeyi sona erdirmek isteyen tarafın, geçmişe etkili şekilde sözleşmeden dönme değil; ileriye etkili şekilde fesih hakkını kullanması gerekir. Sözleşmeyi tek taraflı ve varması gereken irade açıklamasıyla sona erdirmek isteyen tarafın fesih iradesini açıklamasından itibaren, borç ilişkisi ileriye etkili olarak sona erer. Ancak haklı sebebe dayanmayan fesih sonucunda, fesih nedeniyle zarara uğrayan tarafın tazminat talebinde bulunması mümkündür<sup>87</sup>.

Yönetmeliğin 15/1/b maddesi uyarınca aracılık sözleşmesinin içermesi gereken asgari unsurlardan biri olarak ETAHS'nin aracılık hizmetini kısıtlaması, askıya alması veya sonlandırılması gereken durumlar ve bunlara ilişkin süreçler düzenlenmiştir. Yönetmeliğin 17/1. maddesinde de “ETAHS'nin, aracılık sözleşmesinde yer verilen nesnel ölçütler dışında aracılık hizmetini kısıtlamayacağı, askıya alamayacağı veya sonlandıramayacağı” belirtilmiş, 18. maddesinde ise ETAHS tarafından aracılık hizmetinin kısıtlanması, askıya alınması ve sonlandırılmasının yasal koşulları düzenlenmiştir.

ETAHS tarafından aracılık sözleşmesinin kısıtlanması, askıya alınması veya sonlandırılması derhal ve bildirimli olmak üzere iki şekilde kullanılabilir. Ön bildirim yapılmaksızın ETAHS tarafından aracılık sözleşmesinin kısıtlanması, askıya alınması ve sonlandırılması hali Yönetmeliğin 18/7. maddesi kapsamında düzenlenmiştir. Söz konusu madde uyarınca “mevzuattan kaynaklanan sebeplerle veya kamu düzenini ilgilendiren, gecikmesinde sakınca bulunan ya da dolandırıcılık, veri ihlali veya diğer siber güvenlik risklerini içeren durumlarda aracılık hizmeti derhal kısıtlanabilir, askıya alınabilir veya sonlandırılabilir”. Ancak bu halde yapılan işlemin gerekçesi ETAHS tarafından ETHS'ye gecikmeksizin bildirilmek durumundadır.

Diğer hallerde ETAHS, ancak aracılık sözleşmesinde yer verilen nesnel ölçütlerin gerçekleşmesi halinde ve bildirim süreçlerine uymak suretiyle aracılık hizmetini kısıtlama, askıya alma ve sonlandırma hakkına sahiptir. Aracılık sözleşmesinde yer verilen nesnel ölçütler aracılık sözleşmesinin objektif olarak kısıtlanması, askıya alınması veya sonlandırılması gereken durumlar olup, aracılık hizmetinin ETAHS tarafından sunulmasının objektif olarak beklenemeyeceği durumlar şeklinde anlaşılmalıdır. Bu nitelikten yoksun şekilde hizmetin kısıtlanması, askıya alınması veya sonlandırılması, ETAHS yönünden temerrüt sonucuna sebebiyet verecek ve ETHS, TBK'nın 126. maddesi kapsamında seçimlik haklarını kullanabilecektir.

<sup>87</sup> Rona Serozan, *Sözleşmeden Dönme*, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2007, s. 146; Hamdi Taner İnal, *Borca Aykırılık, Dönme ve Fesih*, Ankara: Seçkin, 2023, s. 578.

Yönetmelik'te sayılan hizmeti kısıtlama, askıya alma hali sözleşmenin feshinden farklı bir sözleşme rejimini ortaya koymaktadır. Aracılık hizmetinin kısıtlanması veya askıya alınması halinde aracılık sözleşmesi mevcudiyetini korumakta ve ancak ETAHS'ye aracılık hizmetinin belirli süreyle ifa etmeme hakkını vermektedir. Bu durum sözleşme ilişkisinde geçici ifa imkansızlığı durumuyla açıklanabilir. Nitekim Yönetmeliğin 17/6. maddesinde ETAHS'ye kısıtlama veya askıya alma kararını kaldırma hakkı tanınmış olup, yer verilen düzenleme sözleşmenin varlığını sürdürdüğünü ortaya koymaktadır.

Aracılık sözleşmesinde belirtilen nesnel ölçütler dahilinde aracılık hizmetinin sonlandırılması durumu ise aşağıda yer verilen bildirim sürecinin tamamlanması ile birlikte fesih sonucuna bağlanmaktadır. Yönetmeliğin 17/6. maddesine göre bu durumda aynı ETHS'ye aracılık hizmeti sunacak olan ETAHS, ETHS ile yeni bir aracılık sözleşmesi imzalamak zorundadır.

Sözleşmede belirtilen aracılık hizmetinin kısıtlanması, askıya alınması veya sonlandırılmasını gerektiren nesnel hallerin bulunması halinde ETAHS, Yönetmeliğin 17/2. maddesi uyarınca bu durumu gerekçeleri ile somut şekilde belirterek, en az üç iş günü süre vermek suretiyle ETHS'den bu konuda açıklama yapmasını yönünde bildirimde bulunmakla yükümlüdür. ETHS'nin süresinde, hiç veya yeterli açıklama yapmaması halinde; ETAHS, aracılık hizmetini kısıtlama, askıya alma veya sonlandırma hakkına sahiptir. Ancak ETAHS işbu kapsamdaki kararını süresinde ETHS'ye bildirmekle yükümlü olup, bu süreler ETHS tarafından açıklama yapılması ve ancak açıklamanın ETAHS tarafından uygun bulunmaması halinde ETHS'nin açıklama tarihinden itibaren yedi iş günü, ETHS'nin açıklama yapmaması halinde ise ETHS'ye ihtar edilen açıklama süresini takip eden üç iş günüdür. ETAHS'nin aracılık sözleşmesini fesih yönündeki kararı Yönetmeliğin 17/4. maddesi uyarınca fesihe ilişkin bildirim ETHS'ye ulaştığı tarih itibarıyla sonuç doğurur. Bu durumda ETHS ancak aracılık sözleşmesi ve hukuka aykırı nitelik taşımayan mevcut siparişlere ilişkin satış sürecini tamamlayabilecek ve ancak e-ticaret pazar yeri üzerinden alıcılarla yeni sipariş veya yeni sözleşme kuramayacaktır (Yönetmelik md. 17/5).

Yönetmelik'in 17/6. maddesi uyarınca ETAHS'nin aracılık hizmetini kısıtlama veya aracılık hizmet sunumunu askıya alma kararını tek taraflı olarak kaldırması da mümkün kılınmıştır. Gerek bu hallerde ve gerekse aracılık hizmetine son verdiği ETHS ile yeniden aracılık sözleşmesi yaparak aracılık hizmeti sunulması halinde, ETAHS gecikmesizin ETHS'nin daha önce erişim sağladığı e-ticaret pazar yerine yeniden erişim imkânı sağlamakla yükümlüdür.

## SONUÇ

E-ticaret pazar yeri, maliyetsiz ve çok kısa sürede dünyadaki birçok satıcı ve ürün bilgilerine ulaşılabilirdiği, fiyat ve diğer ticari şartların şeffaflaşması ile karşılaştırma imkanı sunulan, müşterinin belirleyici aktör olduğu ticaret ve dağıtımın yeni iş modellerindedir. E-ticaret ortamında mal veya hizmet teminine yönelik sözleşme yapılmasına ya da sipariş verilmesine imkân sağlanan e-ticaret pazar yerlerinin çok taraflı erişim özelliği, yarattığı ölçek ve ağ etkisi, yoğun veri akışıyla elde ettiği veri sahipliği, e-ticaret pazar yerlerinin e-ticaret hizmet sağlayıcıları üzerindeki kontrol ve pazarlık gücünü artırmış, daha önce karşılaşılmayan rekabet sorunlarını da beraberinde getirmiştir.

E-ticaret pazar yeri iş modelinin doğurduğu ve doğuracağı muhtemel sorunların önlenmesinde 6563 sayılı Kanunun yetersiz kaldığı gözetilerek; e-ticarette haksız rekabetin ve tekelleşmenin önüne geçilerek pazara yeni aktörlerin girişinin kolaylaştırılması ve pazarın dengeli ve sağlıklı büyümesinin sağlanması amacıyla, 7416 sayılı Kanun ile ETDHK'da değişiklik yapılmış ve bu Kanuna istinaden çıkarılan Yönetmelik kapsamında e-ticaret pazar yeri, ETAHS, ETHS ve aracılık sözleşmesine ilişkin düzenlemeler getirilmiştir. Makalede 7416 sayılı Kanun değişiklikleri ve bu değişiklikler sonrasında kabul edilen Yönetmelik çerçevesinde şekillenen aracılık sözleşmesi, tanımı, tarafları ve hukuki niteliği itibarıyla incelenmiştir.

Aracılık sözleşmesinden söz edilebilmesi için, öncelikle bu sözleşmenin e-ticaret pazar yerinde faaliyet gösteren taraflar arasında kurulması gerekir. E-ticaret pazar yeri ETAHS tarafından ETHS'lerin mal veya hizmetlerinin teminine yönelik sözleşme yapılmasına ya da sipariş verilmesine imkân sağlayan aracılık hizmetinin sunulduğu, e-ticaret faaliyetinde bulunan internet sitesi, mobil site veya mobil uygulama gibi platformlarda sunulan ticaret ortamı olarak tanımlanabilir. Bir e-ticaret platformunun pazar yeri olarak kabul edilebilmesi için zorunlu unsurlar, çevrim içi nitelikte faaliyette bulunan e-ticaret ortamı; birden çok e-ticaret hizmet sağlayıcının, aracı hizmet sağlayıcının ve alıcıların varlığıyla birlikte aracılık hizmetinin sunulmasıdır.

Aracılık sözleşmesi, e-ticaret pazar yerinde ETAHS ve ETHS arasında kurulan, isimsiz bir sözleşmedir. Aracılık sözleşmesinin, e-ticaret pazar yerinde ETAHS tarafından ETHS'ye sunulan aracılık hizmetinin kapsam ve koşullarının Yönetmelik'te belirlenen asgari içerik koşuluna uygun olarak yazılı veya elektronik ortamda düzenlendiği; sunulan hizmet karşılığında ETHS'nin ETAHS'ye bir bedel ödemediği; tam iki tarafa borç yükleyen ve sürekli bir borç ilişkisi doğuran sözleşme olarak tanımlanması mümkündür. Sözleşmenin kurucu unsurları ETAHS tarafından e-ticaret pazar yerinde aracılık hizmetinin sunulması, ETHS'nin bunun karşılığında bir bedel ödemesi ve tarafların sözleşmenin kurulmasına yönelik iradelerini yazılı olarak veya elektronik ortamda açıklamalarıdır.

Sözleşmeye adını veren aracılık hizmetinin, ETAHS tarafından e-ticaret pazar yerinin teknik alt yapısının kurulması suretiyle ETHS'nin mal ve hizmetlerinin e-ticaret ortamında hukuki işlemlere konu edebilmesini sağlayacak şekilde ona yer sağlanması ve aralarındaki sözleşme süresince ETHS'nin kullanımına sunulması olarak özetlenmesi mümkündür. Bu temel edim, aracılık sözleşmesini isimsiz sözleşmeler sınıflandırmasında kendine özgü yapısı olan (sui generis) bir sözleşme kılmaktadır. Ayrıca sözleşmenin işgörme amacı taşıdığı da belirtilmelidir. Açıklanan nedenlerle aracılık sözleşmesine TBK'nın genel hükümlerinin yanı sıra; tarafların nitelikli işgörme edimlerinin de göz önünde bulundurulmasıyla ve TBK'nın 502/2. maddesi ışığında, -uygun düştüğü ölçüde- vekalet sözleşmesi hükümlerinin uygulanması gerekir.

## KAYNAKÇA

- Akipek Öcal, Şebnem. "E-Sözleşmelerin Hukuki Niteliği." iç. *E-Ticaret Sektöründe Tüketici Hukuku Uygulamaları*, ed. Ali Tokbaş ve Ali Suphi Kurşun, 35-46. İstanbul: Aristo, 2017.
- Akkurt, Sami Sinan. "Elektronik Ortamda Hizmet Sunumu ve Buna İlişkin Sözleşmelerin Hukuki Niteliği". *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 60(1), (2011): 19-46.
- Akman, Pınar. "Regulating Competition in Digital Platform Markets: A Critical Assessment of the Framework and Approach of the EU Digital Markets Act", (2022) *47 European Law Review* 85 (last revised 30 Mar 2022): 85-114. <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3978625>.
- Aydoğdu, Murat. "6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda Düzenlenen Genel İşlem Koşullarının Konu Bakımından Uygulama Alanı" *Dokuz Eylül Hukuk Fakültesi Dergisi* 13(2) (2011): 1- 50.
- Aygün, Esin vd. *Rekabet Kurumu Dijital Dönüşümü Rekabet Hukukuna Yansımalar*. Ankara: Rekabet Kurumu, (Nisan 2022). Erişim 01.08.2023, <https://www.rekabet.gov.tr/Dosya/dijital-piyasalar-calisma-metni.pdf>.
- Baş, Kadir. "Online Platformların Acentelik Niteliği ve Bu Platformlar Özelinde Türk Ticaret Kanunu'nun Acenteliğe İlişkin Hükümlerinin Uygulanması". *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi* 33(4) (2017): 113-153.
- Baş Süzel Ece, "Mesafeli Sözleşmelerde Tüketicinin Sözleşmenin Kurulmasından Önce Korunması: Ön Bilgilendirme Yükümlülüğü", *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2(2), (2018): 339-369.
- Bingöl, Mehmet Emin. "E-Ticaret Platformları Lehine Öngörülen En Çok Kayrılan Müşteri Kayıtlarının Rekabet Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi". *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 72(1) (2023 ): 1-44.
- Bukht, Rumana ve Richard Heeks. "Defining and Conceptualizing and Measuring the Digital Economy". *International Organisations Research Journal* 13(2) (2018): 143-172, erişim 05.08.2023. [https://www.researchgate.net/publication/327356904\\_Defining\\_Conceptualising\\_and\\_Measuring\\_the\\_Digital\\_Economy](https://www.researchgate.net/publication/327356904_Defining_Conceptualising_and_Measuring_the_Digital_Economy)
- Coşgun Karaman, Özlem. "6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'nda Teşebbüs Kavramı ve Tacir Sayılmasının Sonuçları". *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi* 21(1) (2015): 107-166.
- Çevik, İpek. "Avrupa Birliği Dijital Hizmetler Yasası'nın Değerlendirmesi". *Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi* 2 (2023): 387-419.
- Doğan, Cihan. *Rekabet Hukuku ve İktisadi Bağlamında Dijital Platformlar*. İstanbul: Oniki Levha Yayıncılık, 2021.
- Demirel, Aysel. *Elektronik Ticaretin Düzenlenmesi Hakkında Kanun Çerçevesinde Elektronik Pazaryeri Sözleşmesi*. Ankara: Seçkin Akademik ve Mesleki Yayınları, 2023.
- Ekici, Şerafettin Ekici. "B2C Elektronik Ticarete Sanal Pazar Yerinin Hukuki Durumu". *İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 5 (2020): 207-227.
- Ekingen, Erman ve Miray Özer Deniz. "7392 ve 7416 Sayılı Kanunlarla Yapılan Değişikliklerin Aracı Hizmet Sağlayıcı Olarak Çevrimiçi Çok Taraflı Platformların Sorumluluklarına ve Tüketicilere Etkileri". *Adalar Dergisi* 2(69) (2022): 429-467.
- Eren, Fikret. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*. Ankara: Yetkin Yayıncılık, 2022.
- Evans, David S. "Multisided Platforms, Dynamic Competition, and the Assessment of Market Power for Internet-Based Firms (March 10, 2016)". *University of Chicago Coase-Sandor Institute for Law & Economics Research Paper No. 753*. Erişim 05.08.2023 <https://ssrn.com/abstract=2746095> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2746095> Erişim 05.08.2023.
- Gezder, Ümit. "Elektronik Ticaret Hukuki İşlemlerinin Ayrımı-Dijital İçerik ve Hukuki Niteliği", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 22(3) (2016): 1119-1132.



- Gündoğdu, Rıza “Bir Yargıtay Kararı Işığında Tacirler Bakımından Genel İşlem Koşullarının Değerlendirilmesi”, *Terazi Hukuk Dergisi*, 15(165), (2020): 956 -971.
- Hatipoğlu, N.Kutluay. “Bilgi ve İletişim Teknolojileri Sektöründe Rekabeti Kısıtlayıcı Anlaşmalar”. Yüksek Lisans Tezi, Çankaya Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2020.
- Hatipoğlu, N.Kutluay. “Bilgi ve İletişim Teknolojileri Sektörünün Ekonomik Özellikleri ve Rekabet”. *Rekabet Derneği Rekabet Forumu* (137) (2020), <https://www.rekabetderneği.org/dosyalar/OAD1613166259.pdf>. Erişim 08.08.2023.
- İnceoğlu, M. Murat ve Ece Baş Süzel, “Mesafeli Sözleşme Kurulmasına Aracılık Edenlerin Tüketiciciye Karşı Sorumluluğu (TKHK m. 48/f.5)”, *Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 15(89-190), (2020): 475-491.
- İnal, Hamdi Taner. *Borca Aykırılık, Dönme ve Fesih*. Ankara: Seçkin Akademik ve Mesleki Yayınlar, 2023.
- Keskin, Dilşad. “TKHK Değişik m. 48 Hükmü Çevresinde Aracı Hizmet Sağlayıcının Tüketiciciye Karşı Sorumluluğu”. *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 26(2) (2022): 119-144.
- Larouche Pierre ve Alexandre de Streel. “The European Digital Markets Act: A Revolution Grounded on Traditions”. *Journal of European Competition Law & Practice* 12(7) (2021); 542-560.
- Oktay, Saibe. “İsimsiz Sözleşmelerin Geçerliliği, Yorumu ve Boşluklarının Tamamlanması”. *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası* 55 (1996): 263-296.
- Özbay Özdoğru Z, *İnternet Ortamında Faaliyet Gösteren Aracılık Edenlerin Mesafeli Sözleşmeden Dolayı Tüketiciciye Karşı Sorumluluğunun Şartları*, İstanbul:Oniki Levha Yayınları, 2022.
- Özbilen, Arif Barış. *Sözleşmelerin Şekli ve Şekil Yönünden Hükümsüzlüğü*. İstanbul, Oniki Levha Yayınları, 2016.
- Özilhan, Derya. “Müşteri İlişkileri Yönetimi (MİY) Uygulamalarının İşletme Performansına Etkileri”. *Gümüşhane Üniversitesi Sosyal Bilimler Elektronik Dergisi* 1(2010): 18-30. Erişim 28 Temmuz 2023. <https://dergipark.org.tr/en/download/article-file/84342>.
- Sağlam, İpek. *Elektronik Sözleşmeler*. İstanbul: Legal Yayıncılık, 2007.
- Sarı, Onur. “Fikri Ürüne İlişkin Simsarlık Sözleşmesi”. *Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 14(2) (2019): 372-439.
- Sarıaçkalı, Turgay. “İnternet Üzerinden Akdedilen Sözleşmelere Uygulanacak Hukuk”. *Public and Private International Law Bulletin, Prof. Dr. Cemal Şanlı'ya Armağan* 40(1) (2020): 247-297.
- Sarıçiçek, Can vd., *E-pazaryeri Platformları Sektör İncelemesi Nihai Raporu* (Ankara: Rekabet Kurumu, Nisan 2022): 168, Erişim Tarihi: 01.08.2023, <https://www.rekabet.gov.tr/Dosya/sector-raporlari/e-pazaryeri-si-raporu-pdf-20220425105139595-pdf>.
- Sanlı, Kerem Cem. “Elektronik Ticaretin Düzenlenmesi Hakkında Kanun'da 7416 Sayılı Kanun ile Yapılan Değişikliklerin Rekabet Politikası Açısından Değerlendirilmesi I: Kanun'daki Temel Kavramlar ve Haksız Ticari Uygulamalar”. *Legal Hukuk Dergisi* 21(245) (2023): 1709-1748.
- Serozan, Rona. *Sözleşmeden Dönme*. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2007.
- Sert Sütçü, Selin. “Mesafeli Sözleşmelerin Kurulmasına Aracılık Edenlerin Tüketicici Hukuku Bağlamında Sorumluluğunun Belirlenmesi”. *Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 4(1), (2021): 276-287.
- Sümer Özdemir, Necla v.dğr. *Çevrimiçi Reklamcılık Sektör İncelemesi Ön rapor*. Ankara: Rekabet Kurumu, (Nisan 2023). Erişim 01.08.2023. <https://www.rekabet.gov.tr/Dosya/1-cevrimici-reklamcılık-on-raporu.pdf>.
- Uyumaz, Alper. “Elektronik Sözleşmelerin Web Siteleri Aracılığıyla Kurulması ve Bu Sözleşmelerin İfası” *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 9(Özel Sayı) (2007): 907-930.



İntihal | Plagiarism: Bu makale, en az iki hakem tarafından incelendi ve intihal içermediği teyit edildi.  
| This article has been reviewed by at least two referees and scanned via a plagiarism software.

## ABONMAN SİGORTA SÖZLEŞMELERİNİN TTK M. 1408 HÜKMÜ AÇISINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

### EVALUATION OF FLOATING INSURANCE CONTRACTS IN CONTEXT OF ARTICLE 1408 OF TURKISH COMMERCIAL CODE

Dr. Öğr. Üyesi Aydın Alber Yüce\*

#### ÖZ

Abonman sigorta sözleşmeleri, sigortalanan menfaatin sözleşmenin akdedilmesi anında henüz mevcut olmadığı sözleşmelerdir. Bu sözleşmeler, uygulamadaki ihtiyaca göre sıklıkla akdedilmekte olan sözleşmelerdir. Bu ihtiyaç doğrultusunda sigorta konusu menfaat somutlaştığında sigorta ettirenin yapacağı bildirimle sigorta himayesi ortaya çıkmaktadır. Sigorta himayesinin sonradan somutlaşan menfaate göre geçerli olması Türk Ticaret Kanunu'ndaki bazı kurallarla uyumlu değildir. TTK m. 1408 hükmü, sigorta konusu menfaatin sözleşmenin başlangıcında mevcut olmamasını geçersizliğe bağlamıştır. Fakat, abonman sigorta sözleşmelerinde de sigorta konusu menfaat sözleşmenin akdedilmesi anında yoktur. Bu durum, abonman sigorta sözleşmelerinin Türk Ticaret Kanunu'nun getirdiği ilkeler doğrultusunda geçerli olarak akdedilemeyeceği düşüncesini yaratmaktadır. Abonman sigorta sözleşmeleri ise uygulamada sıklıkla akdedilmekte, bu sözleşmelerden kaynaklanan uyuşmazlıklar da yargı kararlarına konu olmaktadır. Abonman sigorta sözleşmeleriyle ilgili bu çelişki, öğretide de dikkat çekmiştir. Bu konuyla ilgili yapılan çalışmalarda ortak nokta, abonman sigorta sözleşmelerinin bir düzenlemeye kavuşturulması gerektiği yönündedir. Bunun dışında, konuyu ele alan yazarların kısmen örtüşen ve bazı hususlarda da birbirini dışlamayan farklı çözümler getirdiği görülmektedir. Bu çalışmada, öğretideki görüşler ve yargı kararlarına da temas etmek suretiyle bir değerlendirme yapılacak ve konuya dair bir çözüm önerisi sunulacaktır.

**Anahtar Kelimeler:** Sigorta, abonman sigorta sözleşmesi, menfaat, menfaat yokluğu, hükümsüzlük.

\*\* Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ticaret Hukuku Anabilim Dalı.

0000- 0002-6178-9143 aayuce@erciyes.edu.tr



Bu eser Creative Commons Alıntı-Gayri Ticari-Türetilemez 4.0 Uluslararası Lisansı ile lisanslanmıştır.  
This work is licensed under a Creative Commons Attribution-NonCommercial-NoDerivatives 4.0 International License.

## ABSTRACT

Contracts concerning floating insurance constitute those in which the insured interest does not yet exist at the time the contract goes into effect. These agreements typically come about in accordance with practical needs. In accordance with this requirement, insurance protection emerges upon the insurer's notification upon the materialization of the insured interest. Certain provisions of the Turkish Commercial Code are contradictory with the insurance protection's legality based on the interest that eventually materializes. According to TCC Article 1408, a contract is void if the insured interest did not exist at the time it was drafted. Floating insurance contracts, on the other hand, do not have an insured interest at the time the contract is concluded. Based on the Turkish Commercial Code's fundamental principles, this condition gives rise to the notion that floating insurance contracts cannot be legally concluded. In actuality, contracts for floating insurance are often reached, and decisions from the courts are made on legal disputes originating from these agreements. The doctrine has also drawn attention to this inconsistency with floating insurance contracts. The studies on this topic all agree that contracts for floating insurance ought to be regulated. Aside from this, it is evident that the writers that tackled the problem offered several solutions that occasionally overlap and sometimes do not contradict one another. A recommendation for a solution will be provided once an assessment of the study is conducted using the doctrine's opinions and court rulings as references.

**Keywords:** Insurance, subscription insurance contract, interest, lack of interest, nullity.

## GİRİŞ

Abonman sigorta sözleşmeleri, sigorta konusu menfaatin sözleşmenin başlangıcında mevcut olmaması açısından Türk Ticaret Kanunu'nun m. 1408 hükmüyle uyumsuz gibi görünmekte; hatta öğretilerde bu sözleşmelerin mevcut TTK hükümleri çerçevesinde geçerli olarak akdedilemeyeceği dahi bir ihtimal olarak dile getirilmektedir. Oysa, uygulamadaki büyük ihtiyaçtan dolayı, kanunî bir düzenlemeye sahip olmasa da bu sözleşmeler akdedilmektedir. Bu sözleşmelere uygun olarak sigorta himayesi sigortacılar tarafından sağlanmaktadır.

Abonman sigorta sözleşmeleri açısından menfaatin özel bir nitelik taşıyarak, ancak somutlaştıktan sonra sigorta korumasının konusunu oluşturabilmesi, öğretilerde de dikkat çekmiş; TTK m. 1408 açısından kısmen örtüşen kısmen farklılaşan görüşlerin dile getirilmesini sağlamıştır. İşbu çalışmada, söz konusu görüşlerden, Yargıtay kararlarından, kavramın pozitif bir düzenlemeye sahip olduğu Alman hukukundaki literatürden de yararlanmak suretiyle Türk hukukuna özgü bir çözüm önerisinde bulunulacaktır. Bu yapılırken, öncelikle abonman sigorta sözleşmeleri genel olarak incelenecektir. Bu çalışmada abonman sigorta sözleşmeleri, TTK m. 1408 ve dolayısıyla sigortalanan menfaat açısından değerlendirileceğinden; bu sözleşmelerin hukukî niteliği başta olmak üzere, sözleşmenin taraflarının kimler olabileceği, sözleşmenin kurulması, benzer sözleşmelerden farkı, türleri, sona ermesi ve sona ermenin sonuçları gibi detaylara ancak gerektiği ölçüde temas edilecektir.

Abonman sözleşmelerinin incelenmesinin ardından sigorta konusu menfaatin yokluğu ve ardından bu iki olgu arasında öğretilerde ifade edilmiş görüşlere değinilecektir. Son olarak, konuya dair değerlendirmemiz, kanaatimiz ve önerimiz okuyucunun takdirine sunulacaktır.

## I. ABONMAN SİGORTA SÖZLEŞMELERİ

### A. TANIMI VE GENEL ÖZELLİKLERİ

Sigorta teminatı ile korunacak menfaatlerin sözleşmenin akdedilmesi anında sadece cins olarak tayin edildiği, akdin inikadından sonra bu menfaatlerin kesin olarak belirlenmesiyle birlikte sigortacıya bildirildiği ve tek bir sözleşmeyle sigorta teminatının sağlandığı sözleşmeler abonman sigorta sözleşmeleridir<sup>1</sup>. Abonman sigorta sözleşmeleri, belirli bir zaman dilimi içinde

<sup>1</sup> Rayegân Kender, "Sigorta Hukukunda Abonman Mukavelesi (Deniz Taşıma Sigortalarında)", *Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu VII, Bildiriler-Tartışmalar (11-12 Mayıs 1990 [Ankara])*, 1990, 141-42; Rayegân Kender, *Türkiye'de Hususî Sigorta Hukuku*, 14. bs (İstanbul: Oniki Levha Yayınları, 2014), 189; Samim Ünan, "Lojistik Taşıma Hukuku ve Taşıma Sigortaları", içinde *Lojistik, Taşıma Hukuku ve Taşıma Sigortaları Sempozyumları*, 1. bs (İstanbul: İstanbul Barosu Yayınları, 2018), 73; Serap Amasya, "Yükle İlgili Sigortalar: Abonman Sigortaları", 1. bs, Yeni Türk Ticaret Kanunu'nda Deniz Sigortaları-23 Mart 2012, Milli Reasürans T.A.Ş. (İstanbul: Deniz Hukuku Derneği-Sigorta Hukuku Türk Derneği, 2012), 152; Hacı Kara, *Sigorta Hukuku*, 1. bs (İstanbul: Oniki Levha Yayınları, 2021), 165; Rıza Ayhan, Hayrettin Çağlar, ve Mehmet Özdamar, *Sigorta Hukuku Ders Kitabı*, 3. bs (Ankara: Yetkin Yayıncılık, 2020), 246; Şaban Kayıhan ve Özcan Günergök, *Türk Özel Sigorta Hukuku Dersleri*, 6. bs (İstanbul: Umuttepe Yayınları, 2021), 22; Mertol Can, "Abonman Sigorta Sözleşmesine Binaen Akdedilen Alt (Bağlı/Tabi) Sigorta Sözleşmelerini Kuran İhbar Bakımından Sigorta Ettirene Muafiyet Getiren Sözleşme Şartlarının Geçerli Olup Olmadığı Meselesi", içinde *Prof. Dr. Fırat Öztan'a Armağan-Cilt I*, 1. bs (Ankara: Turhan Kitabevi, 2010), 591; İbrahim Uğur Satıcı, *Sigorta Hukukunda Abonman*

ortaya çıkabilecek birden çok riskin, rizikolardaki somutlaşmayla birlikte ve tek bir sözleşme ile sigorta ettirilmesi esasına dayanır<sup>2</sup>. Çok sık değişen menfaatlerin tümünün birden sigorta ettirilmesi ihtiyacı bu sözleşmeleri önemli kılan etkidir<sup>3</sup>. Abonman sigorta sözleşmeleri uygulamada sıklıkla kullanılmaktadır. Yine de bu sözleşmeler 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nda düzenlenmemiştir<sup>4</sup>.

Abonman sigorta sözleşmesi, sigorta teminatı sağlanmasına yönelik hukukî ilişkiyi genel hatlarıyla çizer<sup>5</sup>. Çünkü abonman sigorta sözleşmelerinde sigortanın konusunu oluşturan menfaatin ilişkin olduğu unsurlar değişkendir<sup>6</sup>. Teminat altına alınmak istenen menfaatin somutlaştığı<sup>7</sup> her unsur için sigorta teminatı ayrıca ve kendiliğinden kurulur<sup>8</sup>. Menfaatin ortaya çıkması, örneğin abonman sigorta sözleşmesi yaptıran tacirin sürekli ithal ettiği malların bir kısmının yola çıkmasıyla gerçekleşir<sup>9</sup>. Prim ödeme borcu da bu şekilde, ferden tayin edilen her menfaat için rizikonun sigortacı tarafından taşınmaya başlamasıyla ayrıca tayin edilir<sup>10</sup>. Bu özelliklerinden de anlaşılacağı üzere abonman sigorta sözleşmeleri zarar sigortalarına özgü bir

*Sözleşmesi ve Hükümleri*, Hasan Kalyoncu Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü-Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi (Gaziantep, 2020), 12; Serpil Yılmaz, *Sigorta Hukukunda Abonman Sözleşmesi*, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü-Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi (İstanbul, 2009), 3-4; Frank Reinhard, "VVG § 53 Anmeldepflicht", içinde *Langheid, Theo/Wandt, Manfred (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Versicherungs-vertragsgesetz, Band 1- §§ 1-99 VVG*, 3. bs (München: Verlag C. H. Beck, 2022), par. 5. Ayrıca bkz. VVG § 53-Anmeldepflicht: "Wird ein Vertrag in der Weise geschlossen, dass das versicherte Interesse bei Vertragsschluss nur der Gattung nach bezeichnet und erst nach seiner Entstehung dem Versicherer einzeln aufgegeben wird (laufende Versicherung), ...".

<sup>2</sup> Alexandra Körner, Andreas Furrer, ve Christian Benz, *Warentransportversicherung*, 1. bs, (Hrsg.) Andreas Furrer, Juana Vasella; LuT - Schriftenreihe zum Logistik- und Transportrecht (Bern: Stämpfli Verlag, 2016), 55.

<sup>3</sup> Dirk Looschelders, "VVG § 210 Großrisiken, laufende Versicherung", içinde *Langheid/Wandt, Münchener Kommentar zum VVG*, 2. bs, c. 2 (München: Verlag C. H. Beck, 2017), par. 18; Burak Kepkep, *Eşya Taşımada Rizikonun Sigortalanması*, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü-Yayınlanmamış Doktora Tezi (İstanbul, 2014), 51.

<sup>4</sup> Karş. VVG §53 vd.

<sup>5</sup> Nitekim Yargıtay da birçok kararında bu hususa vurgu yapmaktadır. Örnek olarak şu karar verilebilir: "... O halde, yukarıda açıklanan yasal düzenleme ve acentenin açıklamasına göre, teklifnamenin acenteye ulaştığı anda esasen abonman sigorta ilişkisi bulunan taşıyıcının sigorta teminatından yararlanmaya başlaması gerekir. Zira, abonman sigorta sözleşmesi kurulması ile sigorta ettiren ile sigortacı arasında akdi ilişki genel hatları oluşmuş ve sigorta ettirenin teklifi ilke olarak sigortacı tarafından kabul edilmiştir. Spesifik poliçe için bu durumda acenteye teklifin iletilmesi ile sigorta akdinin oluştuğunun kabulü gerekir."- Y. 11. HD., E. 1993/3211, K. 1994/565, T. 31.1.1994, KİBB., E.T. 31.05.2023.

<sup>6</sup> Kender, *Türkiye'de Hususî Sigorta Hukuku*, 189; Kara, *Sigorta Hukuku*, 165.

<sup>7</sup> Bu somutlaşmanın ya da ferdileşmenin hangi koşullar altına gerçekleşeceği tarafların anlaşmasına göre belirlenecek olup; abonman sigorta sözleşmesinde bu yönde hükümlerin bulunması gerekmektedir (Reinhard, "VVG § 53 Anmeldepflicht", par. 5.).

<sup>8</sup> Kender, *Türkiye'de Hususî Sigorta Hukuku*, 189; Kara, *Sigorta Hukuku*, 166; Kayihan ve Günergök, *Türk Özel Sigorta Hukuku Dersleri*, 23. Aşağıda, zorunlu ve seçimlik abonman sözleşmelerine ilişkin ayrıma, bilahare değinilecektir.

<sup>9</sup> Kender, "Sigorta Hukukunda Abonman Mukavelesi (Deniz Taşıma Sigortalarında)", 141.

<sup>10</sup> Amasya, "Yükle İlgili Sigortalar: Abonman Sigortaları", 166. Yargıtay'ın bir kararında bu hususa şu şekilde vurgu yapılmaktadır: "... Dava, emtia nakliye sigorta sözleşmesinden kaynaklanan rücuen alacak istemine ilişkindir. Mahkemece yukarıda özetlendiği gibi taşımanın sigorta teminatı kapsamında olmadığı ve taşıyıcının meydana gelen zarardan sorumlu tutulamayacağı gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir. Ancak dava dışı sigortalı ile davacı arasında nakliye emtia sigortası bakımından düzenlenmiş abonman sigorta sözleşmesi bulunduğundan dava konusu taşımaya ilişkin spesifik poliçenin daha sonra düzenlenmiş olması rizikonun sigorta teminatı dışında olduğunu göstermez. Eşdeyişle abonman sigorta sözleşmesine bağlı olarak yapılan sigorta sözleşmesinin rizikonun gerçekleşmesinden sonra düzenlenmesi dahi taşıma rizikoları sigorta teminatı dahilindedir."- Y. 11. HD., E. 2013/13388, K. 2014/4305, T. 6.3.2014, KİBB., E.T. 31.05.2023.

sözleşme çeşididir<sup>11</sup>. Çerçeve bir sözleşme niteliğindedir. Bu çerçeve sözleşme henüz var olmayan menfaatlerin sigortalanmasına yöneliktir<sup>12</sup>. Sigortacı bu çerçeve sözleşmeyle ileride ortaya çıkacak menfaatleri sigorta teminatı altına almayı taahhüt etmektedir<sup>13</sup>.

Abonman sigorta sözleşmelerinde taraflara düşen hak ve borçların kapsamının belirlenmesi açısından bu sözleşmenin bir defalık mı yoksa sürekli edimler mi yarattığı üzerinde durulmalıdır. Sözleşmeyle borçlunun borçlandığı edim, hizmet sözleşmesinde işçinin iş görme borcunda olduğu gibi sürekli bir davranışla yerine getiriliyorsa sürekli edimden bahsedilir<sup>14</sup>. Buna karşılık, borç ilişkisi içinde borçluya düşen edim, satım sözleşmesinde satıcının satılanı teslim borcunu yerine getirmesinde olduğu gibi, bir defada tek (ani) bir davranışla yerine getiriliyorsa ani edim vardır<sup>15</sup>. Abonman sigorta sözleşmelerinde, sigortacının teminat sağlama borcu bildirimler üzerine gerçekleşecek ferdileşme sonucu zamana yayılmış ve abonman sigorta sözleşmesi süresince devam etmekte olduğundan sigortacının edimi sürekli<sup>16</sup>. Bunun sonucu olarak, abonman sigorta sözleşmeleri taraflar arasında güvene dayalı, tarafların kişisel özelliklerinin önem kazandığı ve sürekli niteliği gereği sözleşmenin sonuçlarının geriye etkili olarak ortadan kaldırılamadığı sözleşmeler niteliği kazanmışlardır<sup>17</sup>.

Sigorta sözleşmelerinde sigortalanan menfaatlerin genel hatlarıyla ve türlerine göre ayrılmasıyla, bu menfaatlerin hukukî sebeplerine göre sınıflandırılarak gösterilmesi arasında da bir ayırım yapmak gereklidir. Buna göre, sözleşmede sigortalanan menfaatlerin onlara temel olan hukukî sebebe göre tasnif edilmesi ve işaretlenmesi, hepsinin somut olarak belirtilerek önceden teminat altına alınması, rizikonun henüz gerçekleşmemiş olması halinde dahi abonman sigorta sözleşmesinin varlığını göstermez<sup>18</sup>. Örneğin, bir bankanın yaptırdığı kredi sigortasına nihaî bir müşteri listesini eklemesi ve bu müşterilerle kurulan belirli hukukî ilişkilerden kaynaklanan somut bazı rizikoların teminat altına alınmasında durum böyledir<sup>19</sup>.

<sup>11</sup> Kara, *Sigorta Hukuku*, 164; Kayıhan ve Günergök, *Türk Özel Sigorta Hukuku Dersleri*, 23; Yılmaz, *Sigorta Hukukunda Abonman Sözleşmesi*, 17.

<sup>12</sup> Martin Schauer, "Vorbem. §§ 49-68 a", içinde *Berliner Kommentar zum Versicherungsvertragsgesetz-Kommentar zum deutschen und österreichischen VVG*, 1. bs (Berlin ; Heidelberg; NewYork; Barcelona; Hongkong; London; Mailand; Paris; Singapur ; Tokio: Springer-Verlag Berlin Heidelberg GmbH, 1999), par. 56; Ayhan, Çağlar, ve Özdamar, *Sigorta Hukuku Ders Kitabı*, 246; Emine Yazıcıoğlu ve Zehra Şeker Öğüz, *Sigorta Hukuku*, 3. bs (İstanbul: Filiz Kitabevi, 2020), 97.

<sup>13</sup> Kender, "Sigorta Hukukunda Abonman Mukavelesi (Deniz Taşıma Sigortalarında)", 141; Kayıhan ve Günergök, *Türk Özel Sigorta Hukuku Dersleri*, 23; Yazıcıoğlu ve Şeker Öğüz, *Sigorta Hukuku*, 98.

<sup>14</sup> Fikret Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 24. bs (Ankara: Yetkin Yayıncılık, 2019), par. 301.

<sup>15</sup> A.g.e., par. 303.

<sup>16</sup> Yılmaz, *Sigorta Hukukunda Abonman Sözleşmesi*, 23.

<sup>17</sup> A.g.e.

<sup>18</sup> Reinhard, "VVG § 53 Anmeldepflicht", par. 7.

<sup>19</sup> A.g.e.

## B. SÖZLEŞMESİNİN KURULMASI VE SİGORTA HİMAYESİNİN BAŞLAMASI ANI

### 1. Sözleşmenin Kurulması

Sigorta sözleşmelerinde sözleşmenin kurulması anı ile sigorta teminatının başlangıç anı farklıdır<sup>20</sup>. Bilindiği üzere, sözleşmeler tarafların karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanlarıyla kurulur. TTK m. 1421 hükmüne göre ise, aksine sözleşme yoksa, sigortacının sorumluluğu primin veya ilk taksitinin ödenmesi ile başlar. Abonman şeklinde yapılan sigorta sözleşmelerinde, örneğin kasko sigorta sözleşmesinde olduğu gibi, sigorta konusu menfaatin ilişkin olduğu malın ferden tayin edilmesi mümkün değildir. Aksine, burada sigorta konusu menfaat ana hatlarıyla belirtilir ve abonman sözleşmesi de bu anda kurulur<sup>21</sup>. Fakat aşağıda da temas edileceği üzere<sup>22</sup>, abonman sözleşmesi sigorta sözleşmesinin kendisi değildir<sup>23</sup>. Sigorta teminatının sağlanması sigorta konusu menfaatin somutlaşmasına bağlıdır.

### 2. Sigorta Himayesinin Başlaması

#### a. Genel Olarak

Abonman sigorta sözleşmeleri, daha önce de temas edildiği üzere, çerçeve sözleşme niteliği taşıdığından, sigorta himayesinin akdin kurulmasıyla değil; bu çerçeveye dâhil olacak menfaatin somutlaşması ve bunun sigortacıya bildirilmesiyle doğar<sup>24</sup>. Sigortalanacak menfaatin somutlaşmasıyla yapılacak bildirim, sigortacının teminat sağlama borcunun doğması için şarttır<sup>25</sup>. Bu sebeple abonman sigorta sözleşmelerinin akdedilmesi aşamasında rizikonun ve menfaatin ferden tayin edilmesi gerekmez<sup>26</sup>.

Abonman sigorta sözleşmelerinde sigorta himayesinin başlamasıyla ilgili olarak temelde ikili bir ayırım bulunmaktadır. Buna göre, sigorta himayesi ya zorunlu olarak ya da isteğe bağlı olarak başlar<sup>27</sup>. Sigorta konusu menfaatin somutlaşmasının ardından sigortacıya yapılacak

<sup>20</sup> Kender, "Sigorta Hukukunda Abonman Mukavelesi (Deniz Taşıma Sigortalarında)", 142.

<sup>21</sup> A.g.e.

<sup>22</sup> Bu hususta bkz. IV, B.

<sup>23</sup> Schauer, "Vorbem. §§ 49-68 a", par. 56.

<sup>24</sup> Reinhard, "VVG § 53 Anmeldepflicht", par. 8; Kender, "Sigorta Hukukunda Abonman Mukavelesi (Deniz Taşıma Sigortalarında)", 142; Yılmaz, *Sigorta Hukukunda Abonman Sözleşmesi*, 16; Frank Baumann ve Matthias Beenken, *Das neue Versicherungsvertragsrecht in der Praxis*, 2. bs (Freiburg · Berlin · München: Haufe Mediengruppe, 2008), 135. Yargıtay'ın bir kararına konu somut olay için bkz. "... Mahkemece, iddia, savunma, bilirkişi raporu ve tüm dosya kapsamına göre; nakliyat abonman sigorta poliçesinde bildirim yapılan sevkiyatlar bakımından ve bildirimsiz sevkiyatlar bakımından ayrı ayrı limit sağlandığı, sevkiyatın başlamasından önce veya sonra dava dışı sigortalı tarafından bildirim yapıldığına dair herhangi bir bilgi ve belge mevcut olmadığı, bu durumda bildirimsiz sevkiyatlar için belirlenen limitten muafiyet düşüldükten sonra davacı ... şirketinin ödeme yükümlüğü olmamasına rağmen ödeme yaptığı, dolayısıyla davaya konu taşıma sırasında hasarlanan emtianın genel bir çerçeve sözleşme olan abonman sigorta poliçesi ile sigorta himayesi altına alındığını söylemenin mümkün olmayacağı, "... Kararı, davacı vekili temyiz etmiştir. Dava dosyası içerisindeki bilgi ve belgelere, mahkeme kararının gerekçesinde dayanılan delillerin tartışılıp, değerlendirilmesinde usul ve yasaya aykırı bir yön bulunmamasına göre, davacı vekilinin tüm temyiz itirazları yerinde değildir.

**SONUÇ:** Yukarıda açıklanan nedenlerden dolayı, davacı vekilinin bütün temyiz itirazlarının reddiyle usul ve kanuna uygun bulunan hükmün ONANMASINA, ... – Y. 11. HD., E. 2016/8777, K. 2017/6309, T. 20.11.2017, karararama.yargitay.gov.tr, E.T. 1.6.2023.

<sup>25</sup> Carsten Harms, "VVG § 53 Anmeldepflicht", içinde *Rüffler/Halbach/Schimikowski (Hrsg.), Versicherungsvertragsgesetz*, 4. bs (Baden-Baden: Nomos Verlag, 2020), par. 1.

<sup>26</sup> Yılmaz, *Sigorta Hukukunda Abonman Sözleşmesi*, 16.

<sup>27</sup> Looschelders, "VVG § 210 Großrisiken, laufende Versicherung", par. 20.

bildirimle, abonman sözleşmesinde çerçevesi çizilen bütün aynı nitelikteki menfaatler için kendiliğinden sigorta himayesi başlıyorsa bir zorunluluktan söz edilir<sup>28</sup> (*obligatorische laufende Versicherung*). Sigorta konusu menfaatin somutlaşmasının ardından sigortacıya yapılacak bildirim izhari değil değil ihdasiyse, taraf iradeleri sigorta himayesinin başlaması konusunda kurucuysa bu kez isteğe bağlılık ortaya çıkar<sup>29</sup> (*fakultativen laufenden Versicherung*).

### b. Bildirimin Şekli, Zamanı ve İçeriği

Sigorta sözleşmesinin yapılması konusunda TTK'da herhangi bir şart bulunmadığından bu bildirim de belirli bir şekil içinde yapılması zorunluluğu yoktur<sup>30</sup>. Ancak, TTK m. 18/3'ten yararlanmak suretiyle ve ispat hukuku açısından bu bildirimlerin noter aracılığıyla, taahhütlü mektupla, telgrafla veya güvenli elektronik imza kullanılarak kayıtlı elektronik posta sistemi ile yapılması düşünülebilir<sup>31</sup>. Bildirimin yapılması zamanı ile ilgili olarak TTK'da düzenleme bulunmamaktadır. Bu hususta, örneğin taşıma sigortaları için, münferit taşımaların başladığı anın esas alınarak sigortacıya bildirimde bulunulması önerilmektedir<sup>32</sup>. Sigortacının riziko değerlendirmesi yaparak primi hesaplayabilmesi için bu bildirim gecikmeksizin yapılması gerekir<sup>33</sup>.

Abonman sözleşmesi kapsamında sağlanacak sigorta teminatının başlaması için yapılacak bildirim sigortalanacak menfaate ilişkin detayları içermesi gerekir<sup>34</sup>. Örneğin, bir depo kapsamında abonman sigortası yapılacak ise, depoya giren ve çıkan her kısım mal için bunların cinsi, niteliği, parti numarası gibi bilgiler verilmelidir. Taşıma işleri için yapılan sigortalarda taşınacak mal, taşıma aracı, yol ve yol koşulları gibi bilgiler sigortacıya bildirilir. Bir kredi kuruluşunun verdiği krediler için sigorta yapılıyor ise, kredilerin verildiği müşteriler, bu kişilerin ticari itibarları ve ödeme güçlerine ilişkin bilgiler sigortacıya bildirilir. Böylelikle risk değerlendirmesi yapmak sigortacı açısından mümkün olur<sup>35</sup>.

<sup>28</sup> A.g.e.

<sup>29</sup> A.g.e.

<sup>30</sup> Can, "Abonman Sigorta Sözleşmesine Binaen Akdedilen Alt (Bağlı/Tabi) Sigorta Sözleşmelerini Kuran İhbar Bakımından Sigorta Ettirene Muafiyet Getiren Sözleşme Şartlarının Geçerli Olup Olmadığı Meselesi", 594.

<sup>31</sup> Amasya, "Yükle İlgili Sigortalı: Abonman Sigortalı", 165.

<sup>32</sup> A.g.e.

<sup>33</sup> Frank Baumann ve Hans-Ludger Sandkühler, *Das neue Versicherungsvertragsgesetz-Mit allen Änderungen ab 1.1.2008*, 1. bs (Freiburg · Berlin · München: Rudolf Haufe Verlag, 2008), 69.

<sup>34</sup> Theo Langheid, "Die Reform des Versicherungsvertragsgesetzes-1. Teil: Allgemeine Vorschriften", *NJW-Neue Juristische Wochenschrift*, sy 51 (2007): 3671; Can, "Abonman Sigorta Sözleşmesine Binaen Akdedilen Alt (Bağlı/Tabi) Sigorta Sözleşmelerini Kuran İhbar Bakımından Sigorta Ettirene Muafiyet Getiren Sözleşme Şartlarının Geçerli Olup Olmadığı Meselesi", 593.

<sup>35</sup> Yargıtay'ın bir kararında örnek olacak şekilde bildirim konusu şu şekilde ifade edilmiştir: "... Mahkemece, iddia, savunma, bilirkişi raporu ve tüm dosya kapsamına göre, davalı ile davacı arasında düzenlenen poliçenin abonman sigorta poliçesi niteliğinde olduğu, zararın meydana geldiği araçla yapılan taşımanın sigorta himayesi altına alınmadığı, davacının kendisi veya görevlendireceği alt taşıyıcılar aracılığıyla gerçekleştireceği taşımalarda **kullanacağı araçlara ait plakaların tümünü sigorta şirketine bildirmesi gerekirken davacının bildirim zorunluluğunu yerine getirmediği, ...**" – Y. 11. HD., E. 2016/7189, K. 2018/1309, T. 21.2.2018, KİBB., 2.8.23.



### c. Bildirimin Eksik Yapılması, Geç Yapılması ya da Hiç Yapılmaması

Abonman sigorta sözleşmesinin konusunun sonradan somutlaşması, sigortacıya bildirilmelidir<sup>36</sup>. Bildirimin amacı, sigortacının somut rizikoyu tanıyarak buna göre değerlendirme yapması ve gerekiyorsa primin yeni tutarını tayin etmesidir<sup>37</sup>. Abonman sigorta sözleşmelerinde sigorta ettirenin teminat altına alınacak menfaatin somutlaşması için yerine getirmesi gerekli bildirim görevinin ihlali üç şekilde ortaya çıkabilir<sup>38</sup>: Bildirim eksik olarak yapılabilir, geç yapılabilir ya da hiç yapılmayabilir. Her bir ihtimale bağlı ayrı sonuçlar vardır. İlk olarak eksik bildirim, hata hükümlerine dayanarak yeni bir bildirim hakkı verebilir; ancak eksik bildirimde bulunmada kasıt var ise bu kez yeni bir bildirimde bulunma hakkından yoksun kalma ile birlikte primin tam olarak ödenmesi gerekliliği ortaya çıkar<sup>39</sup>. Bildirimin geç yapılması sigortacıya ilâve prim hakkı tanıyabilirken; hiç yapılmaması primin tam olarak ödenmesi gerekliliğini ortaya çıkarır<sup>40</sup>. Bildirim görevinin ihlali teminatın gecikmesi özellikle taşıma sigortalarında taşınan yükün taşıma sürecinin bir kısmı ya da tamamı boyunca teminatsız kalması sonucunu doğurabilir<sup>41</sup>,<sup>42</sup>. Ayrıca, bildirim yapılmadığı sürece sigortacının bu hususta kendiliğinden bir tespit yapma ödevinden bahsedilemez<sup>43</sup>,<sup>44</sup>.

Uygulamada özellikle taşıma sigortaları açısından bakıldığında, sigortalanan menfaatin somutlaşması ve taşımanın kısa sürelerde tamamlanması da göz önünde tutulduğunda geç

<sup>36</sup> Kayıhan ve Günergök, *Türk Özel Sigorta Hukuku Dersleri*, 22; Yazıcıoğlu ve Şeker Öğüz, *Sigorta Hukuku*, 98; Yılmaz, *Sigorta Hukukunda Abonman Sözleşmesi*, 38.

<sup>37</sup> Amasya, “Yükle İlgili Sigortalar: Abonman Sigortaları”, 173; Kender, “Sigorta Hukukunda Abonman Mukavelesi (Deniz Taşıma Sigortalarında)”, 143; Ünan, “Lojistik Taşıma Hukuku ve Taşıma Sigortaları”, 73.

<sup>38</sup> Amasya, “Yükle İlgili Sigortalar: Abonman Sigortaları”, 173.

<sup>39</sup> A.g.e., 173-74.

<sup>40</sup> A.g.e., 174.

<sup>41</sup> Serdar Acar, “Lojistik Taşıma Hukuku ve Taşıma Sigortaları”, içinde *Lojistik, Taşıma Hukuku ve Taşıma Sigortaları Sempozyumları*, 1. bs (İstanbul: İstanbul Barosu Yayınları, 2018), 76.

<sup>42</sup> Yargıtay’ın bir kararında, bu yönde şu ifadeler dikkat çekicidir: “... ,davacı sigortacının davalı taşıyıcıya karşı açmış bulunduğu işbu rücu davası, davacı sigorta ile dava dışı sigortalı arasında abonman nakliyat sigorta poliçesi bulunsa bile, hasarın meydana geldiği taşımaya ilişkin sigorta poliçesinin rizikonun gerçekleşmesinden sonra düzenlendiği ve bu tarihten önce dava dışı sigorta ettiren tarafından taşımaya ilişkin bildirim sigortacıya yapıldığının kanıtlanamamış olması nedeniyle sigortacı tarafından yapılan tazminat ödemesinin geçerli bir akdi ilişkiye dayanmadığı ,bu nedenle de sigortacının rücu hakkının doğmadığı gerekçesi ile, mahkemece davanın reddine karar verilmiştir.

Gerçekten de mahkemenin yukarıda açıklanan gerekçesinde değinildiği gibi, sadece abonman sözleşmesinin bulunması spesifik yani belirli bir taşımaya ilişkin akdi ilişki ve bildirim olmadıkça taşınan malın sigorta örtüsü altında olduğu kabul edilemez ve sigortacı da böyle bir rizikodan sorumlu olmaz. ...”- Y. 11. HD., E. 2002/13167, K. 2003/5432, T. 26.5.2003, KİBB., E.T. 31.05.2023. Daha açık bir anlatım ve gerekçelendirme için bkz. “... Somut olayda, davacı ile dava dışı sigorta ettiren .... .... arasındaki nakliyat abonman sigorta poliçesi yanında dava konusu taşımaya ilişkin spesifik poliçe dosyaya ibraz edilmiştir. Sadece abonman sözleşmesinin bulunması, spesifik yani belirli bir taşımaya ilişkin akdi ilişki ve bildirim olmadıkça taşınan malın sigorta örtüsü altında olduğunu göstermez ve sigortacı da böyle bir rizikodan sorumlu olmaz. Bu husus aktif dava ehliyetine ilişkin olup mahkemece re’sen nazara alınması gerekir. Zira abonman sigorta sözleşmeleri birer çerçeve anlaşma niteliğinde olup, sigortacı ile sigorta ettiren arasında, sigorta ile ilgili bir hukuki ilişkiyi oluşturur. Bu hukuki ilişkiden dolayı her tarafa için ayrı bir sigorta sözleşmesi düzenlenir.”- Y. 11. HD., E. 2015/14264, K. 2016/853, T. 27.1.2016, karararama.yargitay.gov.tr, E.T. 1.6.2023.

<sup>43</sup> Kender, “Sigorta Hukukunda Abonman Mukavelesi (Deniz Taşıma Sigortalarında)”, 142.

<sup>44</sup> Bildirimin yapılmamasının sigortacının teminat sağlama borcunu ortadan kaldırmadığı yönünde bkz. Ayhan, Çağlar, ve Özdamar, *Sigorta Hukuku Ders Kitabı*, 247.

bildirimde bulunulması ya da bildirimde bulunulmamasının bir hak kaybına yol açmayacağı şekilde sözleşme hükümlerine yer verildiği görülmektedir<sup>45</sup>.

### C. YARARLARI

Abonman sigorta sözleşmeleri, sigorta ettirenin birbirine benzer çok sayıda menfaatini tek tek sigorta sözleşmeleriyle teminat altına almak yerine; bir sözleşme ile ileride ortaya çıkacak söz konusu çok sayıda menfaati basit bir şekilde teminat altına almayı amaçlar<sup>46</sup>. Çünkü, abonman sigorta sözleşmelerine ihtiyaç duyan sigorta ettirenler, özellikle işletmelerindeki stokların sürekli değişmesi sebebiyle sigorta bedelinin sigorta değerine eşit olmaması ve buna bağlı sonuçların tehdi altında olan kişilerdir<sup>47</sup>. Bu tür işletmelerde girdiler ve çıktılar sürekli değişkenlik gösterdiğinden sigorta değeri de değişmekte ve dolayısıyla bu işletmelerde çerçeve bir sözleşme dışında bir sözleşmeyle sigorta teminatı sağlamak çok zorlaşmaktadır<sup>48</sup>. Bu zorluğu aşmak, tek bir sigorta sözleşmesiyle birden fazla mal için sigorta teminatı sağlanmasını mümkün kılan abonman sigorta sözleşmeleriyle mümkün olmaktadır<sup>49</sup>. Anılan kolaylık, ithalatçı ya da ihracatçı gibi deniz ve kara taşımalarını sıkça kullanan kişileri her taşıma seferi için ayrıca sigortacı arama ve sigorta sözleşmesi yapma külfetinden kurtarır ve zaman kazandırır<sup>50</sup>.

Abonman sigorta sözleşmelerinde sigorta ettiren belirli bir süre için sigortacıya bağlanır; ancak, bu süreklilik ona prim indirimi de sağlar<sup>51</sup>. Böylelikle, abonman sigorta sözleşmeleri, sürekli bir borç ilişkisi yaratmanın bir getirisi olarak sigorta ettirene prim ödeme borcu açısından daha elverişli koşullar getirirken; sigortacıya da istikrarlı bir prim geliri sağlar<sup>52</sup>. Özellikle sigorta ettiren açısından, abonman sigorta sözleşmesinin devam ettiği müddet zarfında münferit farklı menfaatler için kesintisiz bir sigorta teminatı sağlamak da bu yolla mümkün olur<sup>53</sup>.

### D. TATBİKAT SAHASI

Abonman sigorta sözleşmelerinde, sözleşmenin akdedilmesi anında sigortalanan menfaat henüz yoktur ve bu menfaat ileride somutlaşacaktır<sup>54</sup>. Bir işyeri, depo ya da fabrika gibi içinde bulunan malların sürekli bir değişiklik içinde olduğu yerler açısından abonman sigorta sözleşmeleri işlevseldir<sup>55</sup>. Yangın abonman sigortaları bu açıdan verilebilecek örneklerdendir<sup>56</sup>.

<sup>45</sup> Acar, “Lojistik Taşıma Hukuku ve Taşıma Sigortaları”, 78-79.

<sup>46</sup> Reinhard, “VVG § 53 Anmeldepflicht”, par. 1; Schauer, “Vorbem. §§ 49-68 a”, par. 56.

<sup>47</sup> Mustafa Çeker, *6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu’na Göre Sigorta Hukuku*, 25. bs (Adana: Karahan Kitabevi, 2022), 184.

<sup>48</sup> A.g.e.

<sup>49</sup> Kender, “Sigorta Hukukunda Abonman Mukavelesi (Deniz Taşıma Sigortalarında)”, 141; Yılmaz, *Sigorta Hukukunda Abonman Sözleşmesi*, 38.

<sup>50</sup> Kender, “Sigorta Hukukunda Abonman Mukavelesi (Deniz Taşıma Sigortalarında)”, 141; Yılmaz, *Sigorta Hukukunda Abonman Sözleşmesi*, 38.

<sup>51</sup> Kepkep, *Eşya Taşımada Rizikonun Sigortalınması*, 51.

<sup>52</sup> Yılmaz, *Sigorta Hukukunda Abonman Sözleşmesi*, 39.

<sup>53</sup> Reinhard, “VVG § 53 Anmeldepflicht”, par. 1.

<sup>54</sup> Kara, *Sigorta Hukuku*, 165; Ayhan, Çağlar, ve Özdamar, *Sigorta Hukuku Ders Kitabı*, 246; Kayıhan ve Günergök, *Türk Özel Sigorta Hukuku Dersleri*, 22.

<sup>55</sup> Ayhan, Çağlar, ve Özdamar, *Sigorta Hukuku Ders Kitabı*, 295; Can, “Abonman Sigorta Sözleşmesine Binaen Akdedilen Alt (Bağlı/Tabi) Sigorta Sözleşmelerini Kuran İhbar Bakımından Sigorta Ettirene Muafiyet Getiren Sözleşme Şartlarının Geçerli Olup Olmadığı Meselesi”, 591.

<sup>56</sup> Ayhan, Çağlar, ve Özdamar, *Sigorta Hukuku Ders Kitabı*, 295; Yazıcıoğlu ve Şeker Öğüz, *Sigorta Hukuku*, 97.

Yangın abonman poliçelerinde belirli dönemler halinde sigorta ettirilecek mallardaki değişiklikler sigortacıya bildirilerek zeyilname düzenlenir ve prim-riziko dengesi yeniden kurulur<sup>57</sup>.

Taşınan malların sürekli değiştiği deniz ya da kara taşıma sözleşmelerinde de bu sigorta sözleşmesi türüne sıkça rastlanır<sup>58</sup>. Çünkü bu tür işlerle uğraşan işletmeler, her taşıma işi için ayrı bir sözleşme yapmak yerine çerçeve bir sözleşme ile, yukarıda da temas edildiği üzere, zamandan ve emekten tasarruf etmek isterler<sup>59</sup>. Taşıma işlerinde abonman sözleşmelerinin kullanılması, sözleşmenin akdi safhasında taşıma aracı, güzergâh, genel nitelikleriyle taşınacak eşya gibi bilgilerin sigortacıya bildirilmesiyle gerçekleşir<sup>60</sup>. Bankaların, kredi müşterilerinin kredilerini geri ödeyememeleri riskine karşı yaptırıldıkları kredi sigortaları da genellikle abonman sözleşme şeklinde yapılır<sup>61</sup>.

## II. SİGORTA MENFAATİNİN YOKLUĞU VE BUNA BAĞLI OLARAK SİGORTA SÖZLEŞMESİNİN HUKUKİ AKİBETİ

### A. TTK M. 1408 HÜKMÜ

Sigorta menfaatinin yokluğunun sözleşmeye etkisini ele alan TTK m. 1408/1 hükmüne göre, sigorta sözleşmesinin yapılması anında, sigortalanan menfaat mevcut değilse, sigorta sözleşmesi geçersizdir. Sigorta konusu menfaat sözleşmenin akdinden sonra da yok olabilir. Bu halde hükmün ikinci cümlesi uygulanır ve sözleşmenin yapıldığı anda var olan menfaat, sözleşmenin süresi içinde ortadan kalkarsa, sözleşme o anda geçersiz olur. Sigorta sözleşmesinin objektif esaslı noktası sigortalanan menfaat olduğu için, menfaat yokluğuna sigorta sözleşmesinin geçersizliği sonucunun bağlanmış olması doğaldır<sup>62</sup>. Burada, geçersizlik teriminden anlaşılması gereken, geçersizliğin bir üst kavram olarak yokluk ve butlan gibi temel hükümsüzlük hallerinin tamamını kapsadığıdır<sup>63</sup>. Sigorta sözleşmesinin yapılmasından sonra meydana gelecek olan menfaat yokluğunda sözleşmenin konusu kalmayacağından sözleşme o andan itibaren geçersiz olur<sup>64</sup>.

### B. HUKUKİ SORUN

İşbu çalışmada değerlendirmeye esas sorun, abonman sigorta sözleşmelerinde sözleşmenin akdedilmesi anında sigortalanan somut bir menfaatin olmaması ve TTK m. 1408

<sup>57</sup> Çeker, *6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'na Göre Sigorta Hukuku*, 184.

<sup>58</sup> Amasya, "Yükle İlgili Sigortalar: Abonman Sigortaları", 132; Kender, "Sigorta Hukukunda Abonman Mukavelesi (Deniz Taşıma Sigortalarında)", 141; Kayıhan ve Günergök, *Türk Özel Sigorta Hukuku Dersleri*, 23; Edgar Hofmann, *Privat Versicherungsrecht*, 2. bs (München: Verlag C. H. Beck, 1983), 127; Harms, "VVG § 53 Anmeldepflicht", par. 5. Uygulamadan bir örnek için bkz. "... Davacı ile sigorta ettiren Tirsan Lojistik Hiz. Tic. A.Ş. arasında düzenlenen nakliyat abonman sigorta poliçesinde sigorta mevzuu sigorta ettirenin kara yolu ile kendi sorumluluğu altında ve/veya taşeronlarına ait ve/veya kiraladığı araçlar ile Türkiye Cumhuriyeti dahilinde taşımamasını yapacağı istisnalar dışında kalan muhtelif emtiaların nakliyatı olarak gösterilmiş ..." – Y. 11. HD., E. 2017/3901, K. 2019/2624, T. 4.4.2019, karararama.yargitay.gov.tr, E.T. 1.6.2023.

<sup>59</sup> Kepkep, *Eşya Taşımada Rizikonun Sigortalınması*, 51.

<sup>60</sup> Can, "Abonman Sigorta Sözleşmesine Binaen Akdedilen Alt (Bağlı/Tabi) Sigorta Sözleşmelerini Kuran İhbar Bakımından Sigorta Ettirene Muafiyet Getiren Sözleşme Şartlarının Geçerli Olup Olmadığı Meselesi", 591.

<sup>61</sup> A.g.e.; Satıcı, *Sigorta Hukukunda Abonman Sözleşmesi ve Hükümleri*, 9.

<sup>62</sup> 6102 sayılı TTK m. 1408 Gerekçesi.

<sup>63</sup> 6102 sayılı TTK m. 1408 Gerekçesi.

<sup>64</sup> 6102 sayılı TTK m. 1408 Gerekçesi.

hükmünün ise, sigorta sözleşmesinin yapılması anında sigorta menfaati yokluğunda sözleşmeyi geçersizlik ile karşı karşıya bırakmasıdır. Uygulamada sıkça karşılaşılan, kullanılan ve hukukî uyumsuzluklara konu olan abonman sigorta sözleşmeleriyle TTK m. 1408 hükmü arasında açık bir uyumsuzluk olduğu şüphesizdir. Bu uyumsuzluk öğretide bazı yazarların da dikkatini çekmiş ve neticeten bu konuda bazı görüşler ortaya çıkmıştır. Şimdi bunlara temas edilecek ve ardından bu çalışmayla varılan sonuçlar izah edilecektir.

### III. ÖĞRETİDEKİ GÖRÜŞLER

#### A. GENEL OLARAK

Abonman sigorta sözleşmeleri ve sigorta menfaatinin varlığı arasındaki ilişki konusunda öğretilerde net bir görüş birliği bulunmamaktadır. Soruna yaklaşım ve çözüm tarzı açısından, aralarında ortak noktalar ve düşünceler de bulunan ve bazı açılardan birbirlerini dışlamayan bu görüşlerin üç ana başlık altında toplanması mümkündür. Söz konusu *görüşler arasındaki ortak noktanın*, TTK ya da genel şartlar içinde abonman sigorta sözleşmelerinin TTK m. 1408 hükmünün istisnasını oluşturacak şekilde özel olarak düzenlenmemiş olmasının bir eksiklik olduğu ve abonman sigorta sözleşmelerinin geçerliliğinin TTK m. 1408 hükmü karşısında sorgulanabilir olduğu hususları söylenebilir.

#### B. MENFAATIN RİZİKONUN GERÇEKLEŞTİĞİ ANDA VAR OLMASININ YETERLİ OLDUĞU GÖRÜŞÜ

Abonman sigorta sözleşmeleri ve sigortalanan menfaatin varlığı ya da yokluğu arasındaki ilişkiyi ele alan birinci görüş<sup>65</sup> konuya rizikonun gerçekleştiği an açısından yaklaşmaktadır. Bu görüşe göre, sigortacının teminat sağlama borcunun ifasının gerekmesi için rizikonun gerçekleşmesi gerekir. Rizikonun gerçekleştiği anda, sigortalanan menfaat yoksa zaten sigorta ettiren de zarara uğramamış demektir. Zarara uğramayan sigorta ettirene de sigorta tazminatı ödenmemelidir. Söz konusu düşünceye göre<sup>66</sup> konu abonman sigorta sözleşmeleri açısından da önem arz eder. Zira, TTK m. 1408 hükmünün katı bir biçimde uygulanması, geçersizlik yaptırımının öngörülmüş olması dolayısıyla işlemiş ve ödenmiş primlerin de iadesini gerektireceğinden, uygulamada sıkça karşılaşılan bu tür poliçelerle teminat sağlama konusunda bir isteksizlik oluşacaktır. Hatta, TTK m. 1408 hükmünün bu şekilde kabul edilmesi, abonman sigorta sözleşmelerinin geçerliliğini bile tartışmaya açabilir. Bu düşünceye göre o halde, sigorta konusunun menfaatin varlığının rizikonun gerçekleştiği anda var olması yeterli kabul edilmelidir<sup>67</sup>.

<sup>65</sup> Birgül Sopacı Öztuna, “Sigorta Konusu Menfaatin Yokluğunun ve Menfaat Sahibi Değişikliğinin Sözleşmeye Etkisi”, *Sigorta Hukuku Sempozyumları*, 2018, 113.

<sup>66</sup> A.g.e., 114.

<sup>67</sup> A.g.e., 117.

### C. BAŞLANGIÇTAKİ MENFAAT YOKLUĞUNA PRİM ÖDEME BORCU AÇISINDAN YAKLAŞMAK GEREKTİĞİ GÖRÜŞÜ

Abonman sigorta sözleşmelerinde belirgin bir biçimde ortaya çıkan sözleşmenin başlangıcındaki menfaat yokluğuna prim ödeme borcu açısından yaklaşan görüşe<sup>68</sup> göre, abonman sigorta sözleşmelerinde olduğu gibi başlangıçtaki menfaat yokluğunun sözleşmenin geçerliliğine bir etkisi olması yerine, bunun prim ödeme borcu açısından ele alınması daha yerinde olurdu. Aslında bu yaklaşım, Alman Sigorta Sözleşmeleri Kanunu m. 80 hükmünün ilk fıkrasının ilk cümleciğinde kabul edilen çözüm tarzıyla benzerdir<sup>69</sup>. Bu hükmün amacı, sigortacının menfaatin mevcut olmaması sebebiyle hiçbir riziko taşımaması sebebiyle, sigorta ettirenin karşı ediminin de hafifletilmesi gereğini yerine getirmektir<sup>70</sup>.

### D. ABONMAN SİGORTALARININ TTK M. 1408 HÜKMÜ KARŞISINDA GEÇERLİ OLARAK YAPILAMAYACAĞI GÖRÜŞÜ

Abonman sigorta sözleşmeleri ve sigorta menfaati arasındaki ilişkiyi ele alan bir başka görüşe<sup>71</sup> göre, TTK m. 1408 hükmü, ileride ortaya çıkabilecek menfaatlerin önceden yapılacak bir sigorta sözleşmesiyle teminat altına alınamayacağı sonucunu doğurmaktadır. Bu görüşe yakın ve yasal düzenlemeleri sorgulayan bir başka görüşe göre, TTK m. 1408 hükmünün varlığı, sigorta konusu menfaatin sözleşmenin başında mevcut olmasını gerektirdiğinden, hatalı yasal düzenlemelere rağmen uygulamada sıkça yapılan bu sözleşmelerin geçerliliğini sorgulatabilir<sup>72</sup>.

## IV. DEĞERLENDİRME VE ÖNERİLER

### A. ABONMAN SİGORTA SÖZLEŞMELERİ VE SİGORTA KONUSU ARASINDAKİ İLK ADIM

Abonman sözleşmesinin imzalanması, sigorta sözleşmesi kapsamındaki bir hukukî ilişkinin tesisi için ilk merhaledir. Abonman sigorta sözleşmeleri çerçeve bir sözleşme niteliği taşıdığı için bu sözleşmeler somut bir riski teminat altına alan münferit bir sigorta sözleşmesi olarak değerlendirilemezler<sup>73</sup>. Ayrıca, gelecekte somut bir rizikonun teminat altına alınmasına

<sup>68</sup> Samim Ünan, *Türk Ticaret Kanunu Şerhi-Altıncı Kitap: Sigorta Hukuku*, 1. bs, c. 1-Genel Hükümler (Madde 1401-1452) (İstanbul: Oniki Levha Yayınları, 2016), 86. Benzer yönde bkz. Sopacı Öztuna, "Sigorta Konusu Menfaatin Yokluğunun ve Menfaat Sahibi Değişikliğinin Sözleşmeye Etkisi", 118.

<sup>69</sup> *Versicherungsvertragsgesetz-§ 80: Fehlendes versichertes Interesse: "(1) Der Versicherungsnehmer ist nicht zur Zahlung der Prämie verpflichtet, wenn das versicherte Interesse bei Beginn der Versicherung nicht besteht ..."*

<sup>70</sup> Dirk Halbach, "§80", içinde *Langheid, Theo/Wandt, Manfred (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Versicherungsvertragsgesetz, Band 1- §§ 1-99 VVG*, 3. bs (München: Verlag C. H. Beck, 2022), par. 1; Christian Armbrüster, "VVG §80", içinde *Prölss/Martin (Hrsg.), Versicherungsvertragsgesetz mit Nebengesetzen, Vertriebsrecht und Allgemeinen Versicherungsbedingungen*, 31. bs (München: Verlag C. H. Beck, 2021), par. 1.

<sup>71</sup> Evrim Akgün, *Ferdi Kaza Sigortası Sözleşmesi*, 1. bs (İstanbul: Oniki Levha Yayınları, 2017), 85; Kara, *Sigorta Hukuku*, 165.

<sup>72</sup> Samim Ünan, *Türk Ticaret Kanunu Şerhi-Altıncı Kitap: Sigorta Hukuku, Sigorta Türlerine İlişkin Özel Hükümler-Zarar Sigortaları (Madde 1453-1486)*, 1. bs, c. II (İstanbul: Oniki Levha Yayınları, 2018), 13. Bu olasılığa vurgu yapan bir başka yazar için bkz. Sopacı Öztuna, "Sigorta Konusu Menfaatin Yokluğunun ve Menfaat Sahibi Değişikliğinin Sözleşmeye Etkisi", 117.

<sup>73</sup> Kayıhan ve Günergök, *Türk Özel Sigorta Hukuku Dersleri*, 22; Yazıcıoğlu ve Şeker Öğüz, *Sigorta Hukuku*, 97; Reinhard, "VVG § 53 Anmeldepflicht", par. 11.); Yargıtay'ın bir kararında da abonman sigorta sözleşmelerinin çerçeve sözleşme niteliği şu şekilde vurgulanmıştır: "Abonman sigorta sözleşmeleri bir çerçeve anlaşma olup

yönelik yapılacak bir sigorta sözleşmesinin hukukî çerçevesini tayin eden bir sözleşme de abonman sigorta sözleşmesi değildir<sup>74</sup>.

Abonman sigorta sözleşmelerinin ortaya çıkış biçimleri de öğretide üzerinde durulmuş bir husustur. Abonman sigorta sözleşmeleri, ilk olarak, herhangi bir sigorta bedelini içermeyen çerçeve bir sözleşme niteliğinde kurulabilir<sup>75</sup>. Uygulamada sigorta teminatının sağlanacağı bir üst sınırın da belirlendiği bu tür sözleşmelerde, sigorta ettirenin menfaatin genel hatlarıyla tanımlandığı ölçütler içindeki her somutlaşma bakımından sigortacıya karşı bir bildirim yükümlülüğü altındadır<sup>76</sup>. Sigorta ettirenin abonman sözleşme çerçevesinde ödeyeceği toplam sigorta primi, işte bu bildirimlerin gerçekleşmesiyle ortaya çıkar<sup>77</sup>.

İkinci olarak, sigorta ettiren ve sigortacı bir toplam sigorta bedeli üzerinde anlaşılır; ancak, bu sigorta bedeli menfaatin her somutlaşması ve ardından gerçekleşen belgelendirmeye dayalı bildirim üzerine tükenir<sup>78</sup>. Kararlaştırılan sigorta bedeli sıfırlandıktan sonra ihtiyaç halinde yeni bir çerçeve sözleşme yapılabilir<sup>79</sup>.

Son olarak, abonman sigorta sözleşmesi, sigorta priminin önceden kararlaştırılmadığı, aksine, sigorta konusu menfaatlerin örneğin taşıma işlerinin yapılması sonucu elde edilecek ciroya bağlandığı (*Umsatzpolice*) şekilde de yapılabilir<sup>80</sup>.

## B. ABONMAN SİGORTA SÖZLEŞMELERİNDE MENFAAT VE BAŞLANGIÇTAKİ MENFAAT YOKLUĞU ARASINDAKİ İLİŞKİ

Sigorta konusu menfaat, sigorta sözleşmesinin akdi safhasında sözleşmenin tarafları nezdinde, ortaya çıkması halinde sigortacının teminat sağlama edimiyle karşılanması gereken bir malvarlığı kötüleşmesinden korunma ihtiyacıdır<sup>81</sup>. Sigorta sözleşmesinin tarafları dışında birinin uğrayacağı malvarlığı zararının hiç ortaya çıkmamış olmasında sigorta ettirenin kişisel menfaati varsa bu tür zararlar da teminat altına alınabilir<sup>82</sup>. Abonman sigorta sözleşmelerinin akdedilmesi anında, TTK m. 1408 anlamında, sigortalanan menfaat henüz ortaya

---

*sigortacı ile sigorta ettiren arasında sigorta ile ilgili bir hukuki ilişkiyi oluşturur. Bu hukuki ilişkide her taşıma için ayrı bir sigorta sözleşmesi düzenlenir. Sigorta poliçeleri sigorta priminin tahakkuku amacıyla düzenlenir. Sigortalı tarafından yaptırılan taşımanın bildirilmesinden ve buna ilişkin poliçenin düzenlenmesinden önce rizikonun gerçekleşmiş olması sigorta sözleşmesini geçersiz kılmaz.” – Y. 11. HD., E. 1989/1468, K. 1990/1791, T. 5.3.1990, KİBB., E.T. 31.05.2023*

<sup>74</sup> Roland Rixecker, “VVG § 53 Anmeldepflicht”, içinde *Langheid, Theo/Rixecker, Roland/Gal, Jens/Grote, Joachim/Muschner, Jens (Hrsg.), Versicherungsvertragsgesetz mit Einföhrungsgesetz und VVG-Informationspflichtenverordnung Kommentar*, 7. bs (München: Verlag C. H. Beck, 2022), par. 2.

<sup>75</sup> Helmut Heiss ve Tjard-Niklas Trümper, “§ 38. Transportversicherung”, içinde *Beckmann, Roland Michael/Beckmann-Matusche, Annemarie (Hrsg.), Versicherungsrecht- Handbuch*, 3. bs (München: Verlag C. H. Beck, 2015), par. 184; René Steinbeck, “§2 Materiellrechtliche Grundsätze”, içinde *Knut Höra/Arno Schubach (Hrsg.), Münchener Anwalts Handbuch Versicherungsrecht*, 5. bs (München: Verlag C. H. Beck, 2022), par. 312.

<sup>76</sup> Rixecker, “VVG § 53 Anmeldepflicht”, par. 7; Heiss ve Trümper, “§ 38. Transportversicherung”, par. 184.

<sup>77</sup> Heiss ve Trümper, “§ 38. Transportversicherung”, par. 184.

<sup>78</sup> A.g.e.; Steinbeck, “§2 Materiellrechtliche Grundsätze”, par. 312.

<sup>79</sup> Heiss ve Trümper, “§ 38. Transportversicherung”, par. 184.

<sup>80</sup> Rixecker, “VVG § 53 Anmeldepflicht”, par. 7; Heiss ve Trümper, “§ 38. Transportversicherung”, par. 184; Steinbeck, “§2 Materiellrechtliche Grundsätze”, 312.

<sup>81</sup> Reinhard, “VVG § 53 Anmeldepflicht”, par. 6.

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



çıkamıştır<sup>83</sup>. Abonman şeklinde sigorta sözleşmesi yapmak ihtiyacı, genellikle tekrarlanma (ortaya çıkma) ihtimali yüksek riziko ve menfaatler için bir ihtiyaçtır<sup>84</sup>. Bundan dolayı, daha önce de temas edildiği üzere, abonman sigorta sözleşmelerinde menfaat cins olarak ve genel hatlarıyla tarif edilir. Bu yönden “cins”, sigorta konusu menfaatlerin ortak özellikleriyle benzer menfaatlerden ayrılması ve ayrı bir grup teşkil etmesi anlamına gelir<sup>85</sup>.<sup>86</sup>

Abonman sigorta sözleşmeleri açısından menfaatin başlangıçta var olmaması sözleşmenin cevap verdiği ihtiyaçtan ileri gelmektedir. Bu tür sözleşmelerde menfaatin muhtemel (fazlî) olması yeterlidir<sup>87</sup>. Yoksa, sigorta konusu menfaat hiç yok veya gerçekleşmeyecek değildir. Ayrıca, abonman şeklinde yapılan sigorta sözleşmelerinde, abonman sözleşme sigorta sözleşmesinin kendisi değildir<sup>88</sup>. Özellikle ifade etmek gerekir ki abonman sigorta sözleşmesi, özel bir sigorta dalı olmayıp sadece sözleşmenin akdedilmesine dair bir metottür<sup>89</sup>. Kısacası, abonman sözleşmesinin bulunması, başlı başına akdi bir ilişki ve sigorta sözleşmesinin bulunduğunu göstermez, teminatın varlığına da karine değildir<sup>90</sup>.

Abonman sigorta sözleşmesi, ileride sağlanacak sigorta teminatının çerçevesini çizer<sup>91</sup>. Abonman sözleşmesiyle, sigorta sözleşmesi yapma, diğer bir anlatımla sigorta koruması sağlama yönünde taahhütte bulunmaktadır<sup>92</sup>. Dolayısıyla “abonman” terimi, sigorta sözleşmesinin kuruluş şekline bir referans niteliğindedir. Sigorta sözleşmesi ve himaye her seferinde bildirim (menfaattaki somutlaşma sonucu) tekrar yapılmasıyla kurulur<sup>93</sup>. Her ne kadar sözleşmelerin

<sup>83</sup> Heiss ve Trümper, “§ 38. Transportversicherung”, par. 183; Reinhard, “VVG § 53 Anmeldepflicht”, par. 8.

<sup>84</sup> Hofmann, *Privat Versicherungsrecht*, 127.

<sup>85</sup> Reinhard, “VVG § 53 Anmeldepflicht”, par. 7.

<sup>86</sup> Abonman sigorta sözleşmelerinde, sigorta konusu menfaatin cins olarak belirlenmesi suretiyle henüz mevcut olmadığı bir süreçte sigorta ettirilmesi, sigorta konusu menfaatin cinsi açısından genel olarak çizilen daireye düşen somut ve ortaya çıkmış (ancak muhtemelen sigorta ettirenin henüz haberinin olmadığı) menfaatlerin sigorta ettirilmesine engel değildir (A.g.e., par. 8.).

<sup>87</sup> Mertol Can, *Türk Özel Sigorta Hukuku Cilt I*, 1. bs (Ankara: Adalet Yayınevi, 2018), 30.

<sup>88</sup> Yazıcıoğlu ve Şeker Öğüz, *Sigorta Hukuku*, 97. Yargıtay’ın bir kararında, abonman sigorta sözleşmelerinden sonra özel bir poliçe olması gerektiğine de işaret edilerek bu yöndeki vurgu şöyle yapılmaktadır: “... Dava konusu taşıma tarihinde yürürlükte bulunan 6762 Sayılı TTK’nın 1301. maddesi uyarınca rücu davası açılabilmesi için, sigortacı ile sigortalı arasında bir sigorta sözleşmesinin mevcudiyeti, sigortacının bu sebeple sigortalısına bir ödeme yapmış olması ve sigortalının zarar sorumlusuna karşı dava hakkının bulunması gerekir. **Somut olayda, davacı ile dava dışı sigorta ettiren ... Petrol Rafinerileri A.Ş. arasındaki nakliyat abonman sigorta poliçesi yanında davaya konu taşımaya dair spesifik poliçe dosyaya ibraz edilmiştir. Sadece abonman sözleşmesinin bulunması, yani belirli bir taşımaya dair kazadan önce bildiri ve bu bildirim sonucu düzenlenen spesifik poliçe olmadıkça taşınan malın sigorta örtüsü altında olduğunu göstermez ve sigortacı da böyle bir rizikodan sorumlu olmaz. Bu husus aktif dava ehliyetine dair olup mahkemece re’sen nazara alınması gerekir. Zira abonman sigorta sözleşmeleri birer çerçeve anlaşma niteliğinde olup, sigortacı ile sigorta ettiren arasında, sigorta ile ilgili bir hukuki ilişkiyi oluşturur. Bu hukuki ilişkiden dolayı her taşıma için ayrı bir sigorta sözleşmesi düzenlenir.**” – Y. 11. HD., E. 2016/12047, K. 2018/4971, T. 29.6.2018, KİBB., E.T. 2.8.23.

<sup>89</sup> Schauer, “Vorbem. §§ 49-68 a”, par. 56; Looschelders, “VVG § 210 Großrisiken, laufende Versicherung”, par. 17; Theo Langheid, “Auf dem Weg zu einem neuen Versicherungsvertragsrecht”, *NJW-Neue Juristische Wochenschrift*, sy 46 (2006): 3320; Baumann ve Sandkühler, *Das neue Versicherungsvertragsgesetz-Mit allen Änderungen ab 1.1.2008*, 69.

<sup>90</sup> Y. 11. HD., E. 2016/10175, K. 2018/2562, T. 10.4.2018, KİBB., E.T. 2.8.23.

<sup>91</sup> Hermann Eichler, *Versicherungsrecht*, 2. bs (Karlsruhe: Verlag Versicherungswirtschaft, 1976), 465.

<sup>92</sup> Yazıcıoğlu ve Şeker Öğüz, *Sigorta Hukuku*, 97; Kara, *Sigorta Hukuku*, 165.

<sup>93</sup> Can, “Abonman Sigorta Sözleşmesine Binaen Akdedilen Alt (Bağlı/Tabi) Sigorta Sözleşmelerini Kuran İhbar Bakımından Sigorta Ettirene Muafiyet Getiren Sözleşme Şartlarının Geçerli Olup Olmadığı Meselesi”, 593.



icap ve kabul şeklinde karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanlarıyla kurulduğu kabul edilse de sigortacı abonman mukavelesine imza atmakla, sigorta ettirenden bildirim yapılmasıyla gelecek bütün icapları kabul edeceğini göstermiş olur<sup>94</sup>. Abonman şeklinde akdedilen sigorta sözleşmelerinde sigortacının tekrarlanan menfaatlerin her biri için ayrıca kabul beyanında bulunmasına gerek yoktur<sup>95</sup>. Dolayısıyla, aslında abonman şeklinde yapılan sigorta sözleşmelerinde sigorta konusu menfaatin başlangıçtaki yokluğundan söz edilemez. Aksine, sigorta konusu menfaatin somutlaşması ve bildirim yapılmasıyla sigorta himayesi tesis edilmektedir.

Yukarıda yer verilen öğretideki görüşlerin de bir eksiklik olarak ifade edildiği üzere, aslında tartışma abonman sigorta sözleşmelerinin bir düzenlemeye kavuşturulması yoluyla sona erdirilebilir<sup>96</sup>. Kanaatimizce, yapılacak düzenleme TTK içinde, sigorta hukuku kitabında ve genel hükümler bahsinde yer almalıdır.

### C. YASAL DÜZENLEME ÖNERİSİ

Abonman sigorta sözleşmeleri sigorta hukukunun temel ilkelerinden bazı yönleriyle ayrıldığı için muhakkak kanun içinde özel olarak düzenlenmelidir<sup>97</sup>. Abonman sigorta sözleşmeleri için önerdiğimiz düzenleme şu şekildedir:

#### 4. Abonman Sigorta Sözleşmeleri

**Madde 1408/A** - (1) Sigorta sözleşmeleri, sigortalanacak menfaatlerin sözleşmenin yapılması anında sadece tür bakımından belirlendiği ve her bir menfaatin somutlaşmasının ardından sigortacıya yapılacak bildirimle sigorta himayesinin başlayacağı şekilde yapılabilir.

(2) Sigorta ettirenin, sigorta korumasına tâbi olacak menfaatin somutlaşmasının ardından bildirim yükümlülüğünü yerine getirmemesi halinde sigortacı, tazminat ödemekle yükümlü değildir.

(3) Sigorta ettiren, rizikonun ağırlaştığı hallerde sigortacıyı bilgilendirmekle yükümlüdür. Bildirim yapılması sonrasında riziko, bildirim sigortacıya ulaşabileceği bir zaman diliminden sonra gerçekleşmiş ise sigortacı tazminat ödemekle yükümlü olmaz.

---

Yargıtay'ın bir kararında da bu hususta şu vurgular yapılmıştır: "... Dava dosyası içerisindeki bilgi ve belgelere, mahkeme kararının gerekçesinde dayanılan delillerin tartışılıp, değerlendirilmesinde usul ve yasaya aykırı bir yön bulunmamasına, davacı ... şirketi ile sigortalı arasında imzalanan nakliyat sigortası abonman sözleşmesinin 7. maddesinde, sigortalının her bir sevkiyatla ilgili bilgileri (emtianın cinsi, sigorta bedeli, ağırlığı, markası, ambalaj durumu, koli adedi, emtianın nereden nereye sevk edileceği, nakil vasıtasının hareket tarihi, cinsi ve vb.) **yükleme başlamadan ve/veya sevkiyatla ilgili bilgileri haber aldığı anda sigortacı şirkete bildirmekle yükümlü olduğunun ve bildirilmeyen sevkiyatların teminat kapsamı dışında olduğunun belirtilmesine ve bildirim yapılmaması sebebiyle hasarın teminat dışı olacağına anlaşılmasına göre, davacı vekilinin tüm temyiz itirazları yerinde değildir.**

**SONUÇ** : Yukarıda açıklanan sebeple davacı vekilinin tüm temyiz itirazlarının reddiyle usul ve kanuna uygun bulunan hükmün ONANMASINA...” – Y. 11. HD., E. 2016/11691, K. 2018/3662, T. 16.5.2018, KİBB. E.T. 2.8.23.

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

<sup>95</sup> Hofmann, *Privat Versicherungsrecht*, 127.

<sup>96</sup> Öğretide *Can*, abonman sigorta sözleşmeleriyle alakalı bir genel şart önerisinde bulunmuştur. Bu hususta bkz. *Can*, “Abonman Sigorta Sözleşmesine Binaen Akdedilen Alt (Bağlı/Tabi) Sigorta Sözleşmelerini Kuran İhbar Bakımından Sigorta Ettirene Muafiyet Getiren Sözleşme Şartlarının Geçerli Olup Olmadığı Meselesi”, 605-7.

<sup>97</sup> Baumann ve Sandkühler, *Das neue Versicherungsvertragsgesetz-Mit allen Änderungen ab 1.1.2008*, 69.

## SONUÇ

İncelememiz sonucunda ulaştığımız neticeler şunlardır: Abonman sözleşmeleri, biza-tihi sigorta sözleşmeleri değildir. Abonman sözleşmeleri, sigorta konusu menfaatin somutlaş-masıyla beraber ortaya çıkacak sigorta himayesinin esaslarını düzenleyen çerçeve sözleşmeler-dir. O halde, bu sözleşmelerin akdedildiği anda sigorta konusu menfaatin mevcut olmasına gerek yoktur. Bununla beraber, abonman sigorta sözleşmelerinin TTK'nın belirlediği esaslara nazaran bazı farklılıklar içermesi gerekçesiyle, öğretide de haklı olarak dile getirildiği üzere, özel bir düzenlemeye kavuşturulması zorunludur. Bu yöndeki önerimiz doğrultusunda, TTK m. 1408 hükmünden sonra gelmek üzere, abonman sigorta sözleşmeleri özel olarak düzenlen-melidir. Bu düzenlemede, ilk olarak abonman sigorta sözleşmeleri mevcut hukukî durum göz önünde tutularak bir tanıma kavuşturulmalıdır. Ardından düzenlemede, tür bakımından be-lirlenmiş menfaatin sigortacıya bildirilmesi ve bu bildirim yapılmasının sonuçlarına yer verilmelidir. Son olarak, riziko ağırlaşmasıyla ilgili olarak, TTK m. 1448 hükmünün getirdiği düzenlemelerden farklı olarak, bildirim yükümlülüğü açıkça gerekli görülmeli ve bu bildirim belirlenen süre içinde yapılmaması somut bir yaptırıma bağlanmalıdır.

## KAYNAKÇA

- Acar, Serdar. “Lojistik Taşıma Hukuku ve Taşıma Sigortaları”. İçinde *Lojistik, Taşıma Hukuku ve Taşıma Sigortaları Sempozyumları*, 1. bs. İstanbul: İstanbul Barosu Yayınları, 2018.
- Akgün, Evrim. *Ferdi Kaza Sigortası Sözleşmesi*. 1. bs. İstanbul: Oniki Levha Yayınları, 2017.
- Amasya, Serap. “Yükle İlgili Sigortalar: Abonman Sigortaları”, 1. bs. Yeni Türk Ticaret Kanunu’nda Deniz Sigortaları-23 Mart 2012, Milli Reasürans T.A.Ş. İstanbul: Deniz Hukuku Derneği-Sigorta Hukuku Türk Derneği, 2012.
- Armbrüster, Christian. “VVG §80”. İçinde *Prölss/Martin (Hrsg.), Versicherungsvertragsgesetz mit Nebengesetzen, Vertriebsrecht und Allgemeinen Versicherungsbedingungen*, 31. bs. München: Verlag C. H. Beck, 2021.
- Ayhan, Rıza, Hayrettin Çağlar, ve Mehmet Özdamar. *Sigorta Hukuku Ders Kitabı*. 3. bs. Ankara: Yetkin Yayıncılık, 2020.
- Baumann, Frank, ve Matthias Beenken. *Das neue Versicherungsvertragsrecht in der Praxis*. 2. bs. Freiburg · Berlin · München: Haufe Mediengruppe, 2008.
- Baumann, Frank, ve Hans-Ludger Sandkühler. *Das neue Versicherungsvertragsgesetz-Mit allen Änderungen ab 1.1.2008*. 1. bs. Freiburg · Berlin · München: Rudolf Haufe Verlag, 2008.
- Can, Mertol. “Abonman Sigorta Sözleşmesine Binaen Akdedilen Alt (Bağlı/Tabi) Sigorta Sözleşmelerini Kuran İhbar Bakımından Sigorta Ertirene Muafiyet Getiren Sözleşme Şartlarının Geçerli Olup Olmadığı Meselesi”. İçinde *Prof. Dr. Fırat Öztan’a Armağan-Cilt I*, 1. bs. Ankara: Turhan Kitabevi, 2010.
- Can, Mertol. *Türk Özel Sigorta Hukuku Cilt I*. 1. bs. Ankara: Adalet Yayınevi, 2018.
- Çeker, Mustafa. *6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu’na Göre Sigorta Hukuku*. 25. bs. Adana: Karahan Kitabevi, 2022.
- Eichler, Hermann. *Versicherungsrecht*. 2. bs. Karlsruhe: Verlag Versicherungswirtschaft, 1976.
- Eren, Fikret. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*. 24. bs. Ankara: Yetkin Yayıncılık, 2019.
- Halbach, Dirk. “§80”. İçinde *Langheid, Theo/Wandt, Manfred (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Versicherungsvertragsgesetz, Band 1- §§ 1–99 VVG*, 3. bs. München: Verlag C. H. Beck, 2022.
- Harms, Carsten. “VVG § 53 Anmeldepflicht”. İçinde *Rüffer/Halbach/Schimikowski (Hrsg.), Versicherungsvertragsgesetz*, 4. bs. Baden-Baden: Nomos Verlag, 2020.
- Heiss, Helmut, ve Tjard-Niklas Trümper. “§ 38. Transportversicherung”. İçinde *Beckmann, Roland Michael/Beckmann-Matusche, Annemarie (Hrsg.), Versicherungsrecht-Handbuch*, 3. bs. München: Verlag C. H. Beck, 2015.
- Hofmann, Edgar. *Privat Versicherungsrecht*. 2. bs. München: Verlag C. H. Beck, 1983.
- Kara, Hacı. *Sigorta Hukuku*. 1. bs. İstanbul: Oniki Levha Yayınları, 2021.
- Kayıhan, Şaban, ve Özcan Günergök. *Türk Özel Sigorta Hukuku Dersleri*. 6. bs. İstanbul: Umuttepe Yayınları, 2021.
- Kender, Rayegân. “Sigorta Hukukunda Abonman Mukavelesi (Deniz Taşıma Sigortalarında)”. *Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu VII, Bildiriler-Tartışmalar (11-12 Mayıs 1990 [Ankara])*, 1990.
- Kender, Rayegân. *Türkiye’de Hususî Sigorta Hukuku*. 14. bs. İstanbul: Oniki Levha Yayınları, 2014.
- Kepkep, Burak. *Eşya Taşımada Rizikonun Sigortalanması*. Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü-Yayınlanmamış Doktora Tezi. İstanbul, 2014.

- Körner, Alexandra, Andreas Furrer, ve Christian Benz. *Waretransportversicherung*. 1. bs. (Hrsg.) Andreas Furrer, Juana Vasella; LuT - Schriftenreihe zum Logistik- und Transportrecht. Bern: Stämpfli Verlag, 2016.
- Langheid, Theo. "Auf dem Weg zu einem neuen Versicherungsvertragsrecht". *NJW-Neue Juristische Wochenschrift*, sy 46 (2006).
- Langheid, Theo. "Die Reform des Versicherungsvertragsgesetzes-1. Teil: Allgemeine Vorschriften". *NJW-Neue Juristische Wochenschrift*, sy 51 (2007).
- Looschelders, Dirk. "VVG § 210 Großrisiken, laufende Versicherung". İçinde *Langheid/Wandt, Münchener Kommentar zum VVG*, 2. bs. C. 2. München: Verlag C. H. Beck, 2017.
- Reinhard, Frank. "VVG § 53 Anmeldepflicht". İçinde *Langheid, Theo/Wandt, Manfred (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Versicherungsvertragsgesetz, Band 1- §§ 1-99 VVG*, 3. bs. München: Verlag C. H. Beck, 2022.
- Rixecker, Roland. "VVG § 53 Anmeldepflicht". İçinde *Langheid, Theo/Rixecker, Roland/Gal, Jens/Grote, Joachim/Muschner, Jens (Hrsg.), Versicherungsvertragsgesetz mit Einföhrungsgesetz und VVG-Informationspflichtenverordnung Kommentar*, 7. bs. München: Verlag C. H. Beck, 2022.
- Satıcı, İbrahim Uğur. *Sigorta Hukukunda Abonman Sözleşmesi ve Hükümleri*. Hasan Kalyoncu Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü-Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi. Gaziantep, 2020.
- Schauer, Martin. "Vorbem. §§ 49-68 a". İçinde *Berliner Kommentar zum Versicherungsvertragsgesetz-Kommentar zum deutschen und österreichischen VVG*, 1. bs. Berlin ; Heidelberg; NewYork; Barcelona; Hongkong; London; Mailand; Paris; Singapur ; Tokio: Springer-Verlag Berlin Heidelberg GmbH, 1999.
- Sopacı Öztuna, Birgül. "Sigorta Konusu Menfaatin Yokluğunun ve Menfaat Sahibi Değişikliğinin Sözleşmeye Etkisi". *Sigorta Hukuku Sempozyumları*, 2018, 119-24.
- Steinbeck, René. "§2 Materiellrechtliche Grundsätze". İçinde *Knut Höra/Arno Schubach (Hrsg.), Münchener Anwalts Handbuch Versicherungsrecht*, 5. bs. München: Verlag C. H. Beck, 2022.
- Ünan, Samim. "Lojistik Taşıma Hukuku ve Taşıma Sigortaları". İçinde *Lojistik, Taşıma Hukuku ve Taşıma Sigortaları Sempozyumları*, 1. bs. İstanbul: İstanbul Barosu Yayınları, 2018.
- Ünan, Samim. *Türk Ticaret Kanunu Şerhi-Altıncı Kitap: Sigorta Hukuku*. 1. bs. C. 1-Genel Hükümler (Madde 1401-1452). İstanbul: Oniki Levha Yayınları, 2016.
- Ünan, Samim. *Türk Ticaret Kanunu Şerhi-Altıncı Kitap: Sigorta Hukuku, Sigorta Türlerine İlişkin Özel Hükümler-Zarar Sigortaları (Madde 1453-1486)*. 1. bs. C. II. İstanbul: Oniki Levha Yayınları, 2018.
- Yazıcıoğlu, Emine, ve Zehra Şeker Öğüz. *Sigorta Hukuku*. 3. bs. İstanbul: Filiz Kitabevi, 2020.
- Yılmaz, Serpil. *Sigorta Hukukunda Abonman Sözleşmesi*. İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü-Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi. İstanbul, 2009.

# TERÖRLE MÜCADELE HUKUKUNDA İSTİHBARATIN YERİ

## THE ROLE OF INTELLIGENCE IN COUNTERTERRORISM LAW

Dr. Duhan Kalkan\*

### ÖZ

Soğuk Savaş döneminin sona ermesiyle iki kutuplu dünya düzenine hakim klasik güvenlik anlayışı yerini küreselleşmenin de etkisiyle yeni güvenlik sorunlarının ön plana çıktığı yeni bir döneme bırakmıştır. Bu sorunların başında terörizm gelmektedir. Terörizm şiddet araçları kullanarak, korku ortamı yaratmakta ve devletleri siyasi, askeri, ekonomik, toplumsal, dini ve kültürel olarak hedef almaktadır. Bu tehditle başa çıkmak için devletler istihbarat çalışmalarını yoğun bir şekilde kullanmaktadır. İstihbarat, terör örgütlerinin faaliyetlerinin takip edilmesi, planlarının öğrenilmesi, terör saldırılarının önlenmesi ve bunlara karşı devletlerin strateji geliştirmesi için vazgeçilmez bir araçtır. Ancak, terörle mücadelede istihbarat çalışmaları yapılırken insan haklarına saygı gösterilmesi de esastır. İnsan hakları, demokratik toplumun temel unsurlarından biridir ve bu haklara saygı gösterilmesi, hukukun üstünlüğünün korunması ve diğer demokratik değerlere bağlı kalınması hukuk devletinin temelini oluşturmaktadır. Terörle mücadelede faydalanılan istihbarat çalışmaları, hukuk devleti bağlamında güvenlik ile kişisel özgürlükler arasındaki dengeyi korumayı gerektirir. Bu dengenin korunması ise hakların kötüye kullanımını ve istismarını önleyerek terörle mücadelenin meşruiyetini sağlamaktadır. Bu makale terörle mücadelenin hukuki boyutunda istihbaratın yeri ve önemine ilişkin bir çerçeve sunmaktadır.

**Anahtar Kelimeler:** İstihbarat, Terörizm, Terörle Mücadele, Terörle Mücadele Kanunu, Özgürlükler Rejimi.

\* 0000-0001-5346-7016 kalkanduhan@yahoo.com



Bu eser Creative Commons Alıntı-Gayri Ticari-Türetilemez 4.0 Uluslararası Lisansı ile lisanslanmıştır. This work is licensed under a Creative Commons Attribution-NonCommercial-NoDerivatives 4.0 International License.

## ABSTRACT

With the end of the Cold War era, the classical security concept that dominated the bipolar world order gave way to a new era characterized by the influence of globalization, bringing forward new security challenges. Among these challenges, terrorism takes a prominent place. Terrorism employs violent means to create an atmosphere of fear and targets states politically, militarily, economically, socially, religiously, and culturally. To address this threat, states heavily rely on intelligence efforts. Intelligence is an indispensable tool for monitoring the activities of terrorist organizations, learning about their plans, preventing terrorist attacks, and developing strategies against them. However, it is essential to respect human rights while conducting intelligence operations in counterterrorism. Human rights are a fundamental element of democratic society, and their respect constitutes the foundation of the rule of law and adherence to other democratic values. In the fight against terrorism, intelligence activities must maintain a balance between security and personal freedoms within the framework of the rule of law. Preserving this balance prevents the abuse and exploitation of rights, thereby ensuring the legitimacy of counterterrorism efforts. This article provides a framework regarding the role and importance of intelligence in the legal dimension of counterterrorism.

**Keywords:** Intelligence, Terrorism, Fight Against Terrorism, Anti-Terror Law, Regime of Freedoms.

## GİRİŞ

Soğuk savaş döneminin sona ermesiyle iki kutuplu dünya düzeni yerini küreselleşmenin hakim olduğu yeni bir döneme bırakmıştır. İnsan hakları demokrasi ve hukukun üstünlüğünün küresel sistemde daha sık vurgulanmaya başladığı bu yeni dönemde, iki kutuplu sisteme hakim olan klasik tehditler ve güvenlik öncelikleri değişmeye başlamıştır. Enerji, iklim, uzay ve siber gibi hususlar güvenlik ekosisteminde öne çıkmış, bu durum devletleri yeni önlemler almaya itmiştir.

Terörizmi de bu kapsamda ele almak mümkündür. Devletin bekasına yönelik her türlü saldırıyı kapsayan terörizm, zaman, mekân ve şekil olarak öngörülmesinin zorluğu nedeniyle devletler açısından önemli güvenlik sorununa yol açabilmektedir. Bu durum devletlerin terörle mücadelede farklı yöntemler kullanmasını zaruri kılmakta olup, bu bağlamda istihbarat faaliyetleri ve kanuni düzenlemeler ön plana çıkmaktadır.

İnsanlık tarihinin en eski mesleklerinden biri olarak kabul edilen istihbarat, çağın gereksinimlerine ve teknolojik yeniliklere göre kendini sürekli yenilemekte, terörizmin öngörülmezliğini istihbarat toplama vasıtalarıyla önceden bilebilmeyi hedeflemektedir. Bir anlamda terörizmle mücadelenin olmazsa olmaz araçlarından biridir. Kanuni düzenlemeler ise sahip olduğu caydırıcılık etkisiyle insanların terör suçuna bulaşmalarının önüne geçmeyi amaçlamaktadır. İnsan hakları ve özgürlük rejimi dikkate alınarak hazırlanan ve caydırıcılık etkisi olan kanunlar, terörle mücadelede etkili araçların başında gelmektedir.

Çalışma hem terör hem istihbarat hem de hukuki düzenlemeleri içermesinden kaynaklı geniş bir alanı kapsamaktadır. Bu sebeple bazı sınırlamalarla konusu daraltılmıştır. Bunlardan ilki konunun sadece Türkiye üzerinde incelenmesidir. Her ne kadar dünya üzerindeki farklı ülke örneklerine değinilecek olsa da konu Türkiye’de terör, istihbarat ve hukuki düzenlemelerle sınırlandırılacaktır. Bununla birlikte Türkiye’nin taraf olduğu Uluslararası anlaşmalar ve diğer metinler de makalenin kapsamı dışında tutulacak, Türk hukuk sistemi üzerinden bir değerlendirme yapılacaktır. Diğer taraftan istihbarat servislerinin tartışılacağı bölümde, Milli İstihbarat Teşkilatı, Emniyet Genel Müdürlüğü ve Jandarma Genel Komutanlığı’nın istihbarat faaliyeti yürütme yetkisi anlatılacaktır. Milli Savunma Bakanlığı ve Ticaret Bakanlığı gibi istihbarat faaliyeti yürütme yetkisi bulunan bazı kurumlar da çalışmanın kapsamı dışında tutulacaktır.

Bahse konu çalışma için ilgili konularda yapılan akademik çalışmalar ve hukuki belgeler taranarak terörizmle mücadele hukuku ve istihbaratın rolü hakkında bilgi toplanacak, ayrıca açık kaynaklardan (haber siteleri ve kurumların resmi siteleri gibi) faydalanılacaktır. Çalışmanın temel sorunsalı terörizmle mücadele hukuku içinde istihbaratın rolünün ve öneminin ne olduğunu incelemektir. Terörizmle mücadele, modern devletler için bir öncelikler ve istihbarat, bu mücadelede önemli bir araç olarak kullanılmaktadır. Ancak istihbaratın ne şekilde kullanılması gerektiği, terörle mücadeledeki etkisi, bireysel haklar ve özgürlükler ile nasıl dengelemesi gerektiği gibi konular, bu çalışmanın temel sorunsalını oluşturmakta ve terörizmle mücadele hukuku ve insan hakları hukuku bağlamında istihbaratın yeri ve sınırları analiz edilmektedir. Bu kapsamda ilk bölümde konunun kavramsal çerçevesi çizilecektir. Terörizm, terörle



mücadele ve istihbarat kavramları ayrı ayrı ele alınacaktır. Bir diğer bölümde terörle mücadelenin hukuki boyutu üzerinde durulacak ve Türkiye Cumhuriyeti Anayasası, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu ve 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu incelenecektir. Son bölümde ise; terörle mücadelede istihbarat ve hukuki tartışmaları ele alınacaktır. Bu kapsamda; terörle mücadele ve istihbarat arasındaki ilişki, istihbarat servisleri ile bu konuya ilişkin hukuki tartışmalar üzerinde durulacaktır.

## I. KAVRAMSAL ÇERÇEVE

### A. TERÖRİZM KAVRAMI

Terörizm, “korkutmak, şiddet uygulamak, yıldırım, dehşete düşürmek” gibi anlamlara sahip olan terör sözcüğünden türetilen bir kavramdır. Terör kavramı ise, Latince bir kelime olan "terrere" kelimesinden türemiştir ve siyasi amaçlar doğrultusunda terörizm tarafından bir araç olarak kullanılan korkutma, şiddet uygulama, yıldırma gibi eylemleri içermektedir.<sup>1</sup>

Kavramı farklı açılardan ele almak da mümkündür. Bazı tanımlar söz konusu kavramı siyasi açıdan ele alırken, bazı tanımlar ise sosyolojik, ekonomik, psikolojik ve hukuki yönüne vurgu yapmaktadır. Walter Laquer terörizmi, "gayrimeşru güç kullanımı ile masum insanları hedef alan eylemler"<sup>2</sup> olarak açıklarken, Schmid terörizmi, "kriminal ve politik nedenlerle gerçekleştirilen, endişe kaynaklı ve sürekli şiddet eylemlerini üstlenen aktörler tarafından yapılan eylemler" olarak tanımlar.<sup>3</sup> Thornton terörizmi, "siyasi davranışları etkilemek amacıyla normal olmayan yollarla tasarlanmış sembolik bir eylem" olarak ifade ederken,<sup>4</sup> Jenkins terörizmiyi kısaca, "siyasi değişiklikler yapmak için güç veya tehdit kullanma amacıyla tasarlanmış eylemler" olarak tanımlar.<sup>5</sup>

Terör kavramı, ilk olarak 1335 yılında Fransa'da ortaya çıkmış olmasına rağmen, hukuk literatürüne Fransız devrimiyle birlikte giriş yapmıştır.<sup>6</sup> İlk tanımı ise, "Dictionnaire de l'Académie Française" in 1789'da yayınlanan ekinde "terör sistemi ve rejimi" biçiminde yapılmıştır.<sup>7</sup> Terör terimi, Fransız Devrimi esnasında devrimcilerin Fransa içindeki düşmanlara yönelik olarak yaptığı eylemler ve hükümetin gerçekleştirdiği infaz ve baskıları ifade eden bir kavram olarak kullanılmıştır. 1789-1794 yılları arasındaki bu döneme "Terör Dönemi" denirken, bu süreçte birçok insan hayatını kaybetmiştir.<sup>8</sup> Rapoport, modern terörizmi dört farklı döneme ayırarak tanımlamaktadır. Modern terörizmin dört dalgası olarak da ifade edilen bu dönemlerin

<sup>1</sup> Yusuf Çınar, "Terörizmin Uluslararası Sistem ve Uluslararası Hukuk İlişkisinde Ortak Tanımlama Sorunu", Bilge Strateji Dergisi, 9/17 (2017), s. 36.

<sup>2</sup> Steven Best ve Anthony J. Nocella, "Defining Terrorism", Animal Liberation Philosophy and Policy Journal, 2/1 (2004), s.3.

<sup>3</sup> Alex, P. Schmid, Küresel Dünyada Terörizm Konsepti, çev., Suat Doğan, Ankara: Emniyet Genel Müdürlüğü Terörle Mücadele ve Harekat Daire Başkanlığı Yayınları, 2004.

<sup>4</sup> Thomas Pery Thornton, "Terror as a Weapon of Political Agitation", der., Herry Eckstein, Internal War: Problems and Approaches, The Free Press, New York, 1964, s. 71-78.

<sup>5</sup> Steven Best ve Anthony J. Nocella, "Defining Terrorism", Animal Liberation Philosophy and Policy Journal, 2/1 (2004), s.8.

<sup>6</sup> Zeki Yıldırım, Türk Hukukunda Terörizmin Finansmanı Suçu ve Malvarlıklarını Dondurma, Ankara: Adalet Yayınevi, 2013, s. 9.

<sup>7</sup> TBB, Türkiye ve Terörizm, Ankara: Türkiye Barolar Birliği Yayınları, 2006, s. 4-5

<sup>8</sup> Charles Tilly, "Terror, Terrorism, Terrorists". Sociological Theory, 22/1 (2004), s. 8.

her biri kendine özgü özelliklere sahiptir. İlk dönem olarak 1879'dan itibaren Anarşist dalga ele alınırken, sömürge karşıtı dalga 1920'lerden itibaren başlamıştır. Yeni sol-devrimci dalga ise 1960'lı yıllardan sonra başlamış ve en büyük tehdit olan dini içerikli son dalga ise 1980'lerden günümüze kadar devam etmektedir.<sup>9</sup>

Terörizmin daha karmaşık bir anlam ifade ettiği noktada, Jenkins, uluslararası terörizmi açıklamak için metaforlaştırılmış bir "tiyatro" tanımı yapar. Jenkins, terörizmin temel hedefinin terörist eylemlere maruz kalan kurbanlar değil, eylemi izleyen insan topluluğu olduğunu vurgular.<sup>10</sup> Böylece, eylemi izleyen kitle, sindirilmeye çalışılmakta ve bu paralize olma durumunun yaratacağı sessizlikle üstünlük sağlanmaktadır.

Crenshaw, teorik bir çerçeve üzerinden incelediği makalesinde terörizmi, "politik davranış formu" olarak tanımlar. Crenshaw'a göre, terörizm, terör örgütlerinin kasti ve bilinçli olarak aldığı kararlardan kaynaklanan bir eylem bütünüdür ve bu örgütler rasyonel aktörler olarak kabul edilmelidir.<sup>11</sup> Diğer uzmanların yaptığı gibi, Crenshaw'un terörizm tanımı da kavramın politik boyutuna vurgu yapmaktadır.

Terör kavramı hukuki açıdan farklı ülkelerde farklı şekillerde tanımlanabilir. İngiliz Terörle Mücadele Kanunu'na göre terörizm, "siyasi kurumlara şiddet kullanma veya toplumun farklı kesimlerini korku içinde bırakma amacıyla şiddete başvurma" olarak tanımlanırken, Alman Ceza Kanunu, terörizmi, "cinayet, adam öldürme, soykırım ve benzeri suçları hedefleyen bir örgütün faaliyetleri" olarak nitelendirir. Fransa Terörle Mücadele Kanunu'na göre terör, "bireyler veya gruplar tarafından mevcut kamu düzenini bozmak amacıyla baskı veya tehdit yoluyla gerçekleştirilen faaliyetler" olarak görülür. Amerikan hukuku ise terörizmi, "ölümcül risk içeren ayrımcı eylemleri planlama, bu suçları işlemeye teşvik etme veya bu suçlara katılma" olarak tanımlar.<sup>12</sup>

Türk hukuk sisteminde ise kavramın açıklanmasında 1991 tarih ve 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu'nun ön plana çıktığı görülmektedir. Kanunun Birinci Maddesinde terörün tanımı (Değişik fıkra: 15/07/2003 - 4928 S.K./20. md.) ; "*Terör; cebir ve şiddet kullanarak; baskı, korkutma, yıldırma, sindirme veya tehdit yöntemlerinden biriyle, Anayasada belirtilen Cumhuriyetin niteliklerini, siyasi, hukukî, sosyal, laik, ekonomik düzeni değiştirmek, Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünü bozmak, Türk Devletinin ve Cumhuriyetin varlığını tehlikeye düşürmek, Devlet otoritesini zaafa uğratmak veya yıkmak veya ele geçirmek, temel hak ve hürriyetleri yok etmek, Devletin iç ve dış güvenliğini, kamu düzenini veya genel sağlığı bozmak amacıyla bir örgüte mensup kişi veya kişiler tarafından girişilecek her türlü suç teşkil eden eylemlerdir.*" şeklinde yapılmaktadır.

Görüldüğü üzere Türk hukuk sistemi tanımlamayı yaparken kavramın evrensel olarak kabul gören "baskı, korkutma, yıldırma, sindirme, tehdit" gibi unsurlarının yanı sıra Türkiye

<sup>9</sup> Arie Kruglanski ve Shira Fishman, "Psychological Factors in Terrorism and Counterterrorism: Individual, Group, and Organizational Levels of Analysis", Social Issues and Policy Review, 2009, s. 2.

<sup>10</sup> Jenkins, International Terrorism: A New Mode of Conflict, 1975, s. 16.

<sup>11</sup> Martha Crenshaw, "The Causes of Terrorism", Comparative Politics, 13/4 (1981), s. 380

<sup>12</sup> Mehmet Taştan, Açıklamalı-İçtihatlı Terörle Mücadele Kanunu, Adalet Yayınevi, Ankara, 2009, s. 10.

Cumhuriyeti'nin temel ilkelerine, Türk devletinin bütünlüğüne, temel hak ve özgürlüklere, kamu düzenine vurgu yapmakta, ayrıca terörizm kavramından söz edebilmek için politik amaçlar doğrultusunda birleşmiş kişilerin oluşturduğu ve yasa dışı olan bir örgütün varlığını gerekli görmektedir.

## B. TERÖRLE MÜCADELE KAVRAMI

Terörizm, aniden ortaya çıkan bir tepki değil, uzun vadeli bir sürecin sonucu veya bir kesitidir. Dolayısıyla terörizmle mücadele iyi planlanmış ve hesaplanmış bir stratejik anlayış gerektirir. Devlet kaynakları açısından maliyetli olan bu mücadele süreci, etkili sonuçlar alınabilmesi için duruma özgü olarak planlanmalı ve sorunun boyutuna göre çözümler geliştirilmelidir. Bu konuda önemli bir akademik çalışma olan Cronin tarafından kaleme alınan “Terörizm Nasıl Biter: Terör Örgütlerinin Düşüş ve Sonlarına Dair Bir Anlayış” isimli kitapta, terörizmin er ya da geç sona ereceği belirtilmektedir. Önceki örnekler incelendiğinde, hiçbir terör örgütünün varlığını sonsuza kadar sürdüremediği ve halen faaliyet gösteren örgütlerin de bir şekilde sona yaklaşacağına altı çizilmektedir.<sup>13</sup>

Daha geniş bir anlamda suç kavramı, insanların toplu yaşamaya başlamasıyla birlikte ortaya çıkmışsa da; terörizm kavramı, devletlerin oluşmasıyla birlikte kendini göstermiştir. Terörizm, devletin güvenliği ve bütünlüğüne yönelik her türlü saldırıyı kapsayan bir olgudur.<sup>14</sup> Terör saldırılarının zaman, mekan ve şekil olarak ön görülmesinin zor olması, bu tehdidin hedefinde bulunan devletlerin, terörizmle mücadele etmek için farklı yöntemler ortaya koymasını zorunlu kılmaktadır.<sup>15</sup> Pillar tarafından ortaya konulan yaklaşıma göre, terörizmle mücadelede bürokrasi, askeri güç, ekonomik denetim ve diplomasi gibi araçlar kullanılmalıdır.<sup>16</sup> Wilkinson ise terörle mücadeleyi ceza hukuku, asgari güç ve bürokratik denetim şeklinde üç başlık altında ele almaktadır.<sup>17</sup> Aytaç ve Sarı psikolojik araçlar, savaş hukuku, iç güvenlik ve dış yardım gibi unsurların da terörizmle mücadelede yer alması gerektiğini vurgulamaktadır.<sup>18</sup> Cronin ve Ludes da benzer şekilde, terör örgütü liderlerinin yakalanması veya etkisiz hale getirilmesi, terör örgütlerinin bürokratik olarak engellenmesi, sivil halkın desteğinin azaltılması, askeri güç kullanımıyla pasifize edilmesi gibi eylemlerin terör örgütlerinin sonunu getirmekte etkili olduğunu belirtmiştir.<sup>19</sup> Bir anlamda caydırıcılığa dayalı kanuni düzenlemelerin yapılması, teröre yatkın risk gruplarının belirlenmesi ve bunların eğitim faaliyetlerine ağırlık verilmesi, teröre bulaşmış kişilerin sosyal hayata katılımı için rehabilite edilmesi, ekonomik gerekçelerin ortadan kaldırılmasına ilişkin adımlar atılması, yeri geldiğinde askeri önlemlerin devreye sokulması ve ön almaya yönelik istihbari çalışmaların yapılması önem arz etmektedir.

<sup>13</sup> Audrey Kurth Cronin, *How Terrorism Ends: Understanding the Decline and the Demise of Terrorist Campaigns*. Princeton & Oxford: Princeton University Press, 2006, s. 1.

<sup>14</sup> Kürşad Hacıtahtiroğlu, *Türkiye'deki Terörizmin İşsizlik Üzerine Etkileri*, İstanbul: Buhara Yayınları, 2012, s. 198.

<sup>15</sup> İlker Başbuğ, *Terör Örgütlerinin Sonu*, İstanbul: Remzi Kitabevi, 2014, s. 18.

<sup>16</sup> Paul Pillar, *Terrorism and U.S. Foreign Policy*, Washington: Brookings Institution Press, 2003, s. 79-82.

<sup>17</sup> Paul Wilkinson, *Terrorism versus Democracy: The Liberal State Response*, Londra: Routledge, 2006, s. 42-43.

<sup>18</sup> Ömer Aytaç ve Murat Sarı, “Terör Nedeniyle Yaşanan Göç Olgusu ve Yarattığı Sorunlar: Mardin Örneği”, *Fırat Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, 31/2, 2018, s. 1019.

<sup>19</sup> Audrey Kurth Cronin ve James Ludes, *Attacking terrorism: Elements of a grand strategy*, Washington: Georgetown University Press, 2004, s. 92.

Söz konusu stratejiler ülkeden ülkeye değişiklikler göstermektedir. Örneğin Avrupa Birliği, son dönemlerde terör saldırılarından ciddi şekilde etkilenmiştir ve terörle mücadelede önleme, koruma, izleme ve karşılık verme olmak üzere dört ana strateji belirlemiştir. Önleme stratejisi, bireylerin radikalleşmesini engellemeye ve terör eylemlerine yönelimlerini önlemeye yöneliktir. Koruma stratejisi, vatandaşların hayatlarını ve devletlerin alt yapılarını korumak için güvenlik zafiyetlerinin azaltılmasını içermektedir. İzleme stratejisi ise, terör örgütlerinin organizasyonlarının engellenmesi için finansman, iletişim ve planlama gibi konularda mücadele etmeyi hedeflemektedir. Son olarak, karşılık verme stratejisi terör saldırılarının ardından zararların minimize edilmesi için uygulanmaktadır.<sup>20</sup>

Terörizm, yönetilebilir bir risk olarak değerlendirilmelidir.<sup>21</sup> Bu nedenle, terörizmle mücadelede başarı, risk seviyesinin kontrol altında tutulabilmesiyle ilişkilidir. Yeni Zelanda gibi gelişmiş ülkeler bile terör tehdidi altında olabilmektedir.<sup>22</sup> Diğer bir örnek olarak Norveç gösterilebilir. 2011 yılında bu ülkede yaşanan terör saldırısı, gelişmiş ve güvenlik sorunları minimum olan ülkelerde de terör tehdidinin bulunduğunu göstermektedir. Bu ve benzeri tarz saldırılar Fransa, İspanya, ABD gibi ülkelerde de devam etmiştir.

Günümüzde küreselleşmenin etkisiyle, sınırları aşan bir tehdit haline dönüşen terörizmle mücadele uluslararası bir dayanışmayı zorunlu kılmakta, hem ulusal hem de uluslararası hukuk içerisinde de bu konu tartışılmaktadır. Birleşmiş Milletler (BM), ABD, Avrupa Birliği Konseyi, Kuzey Atlantik Paktı (NATO)'nın terörle mücadele konusunda almış olduğu bazı kararlar mevcuttur. ABD Kongresinde Ocak 1996'da kabul edilen "Terörizmden Caydırmak, Mağdurlar İçin Adalet Sağlamak, Etkili Bir İdam Cezası Getirmek ve Diğer Amaçlar Hakkında Kanun (An Act to deter terrorism, provide for an effective death penalty, and for other purposes) uluslararası terörizm ve ulusal güvenlik konularında ABD için belirleyici olmuştur. Soğuk Savaş dönemi sonrasında SSCB'nin çökmesiyle güvenlik öncelikleri içerisinde terörizm kavramını daha yoğun şekilde alan NATO da terörizmle mücadele konusunda adımlar atmıştır. Özellikle 1999 yılında Washington'da, 2002 yılında Prag'da yapılan zirvelerde terörizm konusunda kolektif bir duruş ortaya konmuş, bir üye devletin saldırıya uğraması durumunda bu saldırının tüm Paktı kapsayacağı hususu vurgulanmıştır. Avrupa Birliği Konseyi, Terörizmle Mücadeleye İlişkin Özel Önlemlerin Uygulanması Hakkında 27 Aralık 2001 tarihli Konsey Ortak Tutumunda; terörist eylem kavramının tanımlamasını yaparak (halkı yıldırان, hükümete zarar veren, siyasi, ekonomik, sosyal yapıları istikrarsızlaştıran, ölüme neden olacak saldırılar yapan, insan kaçırma ve rehin alma gibi), terörizmle mücadelede ortak bir duruş ortaya koymuştur. BM'nin 9 Aralık 1994 tarihinde yapmış olduğu toplantıda alınan 49/60, 15 Aralık 1997'de alınan 52/165, 8 Aralık 1998'de alınan 53/108 sayılı kararlarda uluslararası barışın önemi ile terörle mücadelenin gerekliliği vurgusu yapılmıştır.<sup>23</sup> 2006'da kabul edilen BM

<sup>20</sup> "Terörle Mücadele", 24 04, 2023, <https://www.avrupa.info.tr/tr/terorle-mucadele>.

<sup>21</sup> Mimi Ajzenstadt ve Ariel Barak, "Terrorism and Risk Management: The Israeli Case. Punishment and Societ"y, 10/4 (2008), s. 358.

<sup>22</sup> "Counter-terrorism", 02 04, 2023, <https://dpmc.govt.nz/our-programmes/national-security-andintelligence/counter-terrorism>.

<sup>23</sup> Hikmet Sami Türk, Terörizmle Mücadelenin Hukuki Boyutları, Yetkin Yayınları, 2012, s. 28-80.

Terörle Mücadele Stratejisi ise küresel terörizmle kolektif mücadele vurgusu yapan başat belgelerden olması hasebiyle önemlidir.<sup>24</sup>

Tüm alınan kararlar ve sarf edilen çabalara rağmen terör örgütleri halen, iç / dış destek kazanma, uluslararası ilgi çekme, uluslararası meşruiyet kazanma veya siyasi tavizler elde etme gibi kısmi başarılar elde edebilmektedir. Bunun temel sebeplerinden biri devletlerin “terör örgütü” ve “terör eylemi” üzerinde mutabık olamamasıdır. Bir devletin terör örgütü olarak görüldüğü bir yapıyı, başka bir devletin görmemesi, kolektif mücadeleyi engellemektedir.<sup>25</sup>

Terörizm mücadele kadar bu mücadelenin toplumun geneli üzerindeki etkisi, bir anlamda alınacak olan önlemlerin topluma yansımaları da büyük önem arz etmektedir. Terörizmin psikolojik ve sosyal etkileri de dikkate alınarak, mücadele yöntemlerinin toplum üzerindeki reaksiyonun maliyeti de göz ardı edilmemelidir. Teröristler korku yaratarak toplumu ve hükümeti etkilemeyi, iradelerini kırmayı hedeflemektedir. Tavizci bir tutum, terör örgütlerinin amaçlarına ulaşmasını kolaylaştırırken, baskıcı bir tutum ise toplumda baskıyı artırarak yönetim ile halkı karşı karşıya getirebilmektedir. Bu noktada özgürlük ve güvenlik dengesinin, hukuki düzenlemelerle sağlanması elzemdir.<sup>26</sup> Yani terörizmle mücadelede; istihbari, askeri, finansal, toplumsal, politik ve kültürel mücadele unsurlarının yanında caydırıcılığı olan bir hukuk düzeni büyük katkı sağlayacaktır.

### C. İSTİHBARAT KAVRAMI

Milattan önce yaşayan ve istihbarat çalışmalarına büyük katkılar sunan Çinli düşünür Sun Tzu'nun “kendisinin ve düşmanının imkanlarını iyi bilen bir devletin, herhangi bir zorlu savaş veya mücadeleye girmekten korkmayacağı”<sup>27</sup> düşüncesi günümüzde geçerliliğini korumaktadır. Bir devletin varlığını devam ettirmesi ve ulusal çıkarları doğrultusunda doğru kararlar alabilmesi için kaliteli ve yeterli düzeyde istihbarat bilgisine ihtiyacı vardır. Çok eski çağlardan itibaren gerçekleştirilen istihbarat faaliyetleri bu bilgi ihtiyacını karşılamak için yürütülmektedir.<sup>28</sup> Böylelikle hükümetler önceden tehditler ve fırsatlar hakkında bilgi sahibi olurken,<sup>29</sup> devleti yöneten karar vericiler, karar alma süreçlerinde bu bilgilerden faydalanmaktadır.

İstihbarat kavramının devletler açısından önemi ortadayken ve bu önem herkes tarafından kabul edilirken, kavramın dünya üzerinde kabul görmüş tam bir tanımı bulunmamaktadır. Bu durum kavramın farklı açılardan tanımlanmasına olanak sağlamaktadır. Arapça kökenli olan bu kavram, TDK'ya göre en basit şekilde; “yeni öğrenilen bilgiler, haberler, duyular” ile “bilgi toplama, haber alma” anlamlarında kullanılmaktadır<sup>30</sup>. Webster'in tanımına göre

<sup>24</sup> “Türkiye'nin Uluslararası Toplumun Terörle Mücadele Çabalarına Katkıları”, [https://www.mfa.gov.tr/turkiye\\_nin-uluslararasi-toplumun-terorle-mucadele-cabalarina-katkilari.tr.mfa](https://www.mfa.gov.tr/turkiye_nin-uluslararasi-toplumun-terorle-mucadele-cabalarina-katkilari.tr.mfa).

<sup>25</sup> Piers Robinson, “Learning from the Chilcot Report: Propaganda, Deception and the War on Terror”. *International Journal of Contemporary Iraqi Studies*, 11/1-2, 2016, s. 49.

<sup>26</sup> Chelsea Sharber ve Glenn Schweitzer, *Countering Urban Terrorism in Russia and the United States: Proceedings of a Workshop*, New York: The National Academies Press, 2006, s. 18.

<sup>27</sup> Sun Tzu, *Savaş Sanatı*, çev. Barış Satılmış, İstanbul: İndigo Yayıncılık, 2020, s.19.

<sup>28</sup> İhsan Bozkurt, “Dünyadaki Bazı İstihbarat Teşkilatlarının Kısa Tarihçesi”, *Türk İstihbarat Tarihi* (haz. İsmail Hakkı Demircioğlu, Ahmet Özcan, Namık Çencen ve Yücel Yiğit). İstanbul: Yeditepe Yayınevi, 2021, s. 829.

<sup>29</sup> Peter Gill, Stephen Marrin ve Mark Phythian, *Intelligence Theory: Key questions and debate*. New York: Routledge, 2008, s. 33.

<sup>30</sup> “Güncel Türkçe Sözlük”, [www.tdk.gov.tr](http://www.tdk.gov.tr).

istihbarat, deneyimlerden öğrenme ve anlama, bilgi edinme ve elde tutma, yeni durumlara hızlı ve etkili şekilde yanıt verme, problem çözmede davranışların etkin şekilde kullanılması, haberler ya da bilgilerdir.<sup>31</sup> Aydın ise, istihbaratı kişi veya konu hakkında özel araştırmalar yaparak bilgi toplama ve düzenleme süreci olarak tanımlamaktadır. Bu işleri yapan kişiye ise istihbaratçı denmektedir.<sup>32</sup> Clark, istihbaratı bilgiyle eş olarak görmektedir. Bilgiye kimin ihtiyaç duyduğu veya istediği, bilginin nereden geldiği, hangi anlamda ele alınacağı, kimlerin bu bilgiyi öğreneceği ve nasıl kullanılacağı hususlarına vurgu yapmaktadır.<sup>33</sup> Dearth ve Goodden istihbaratı, resmi kararlar için temel alınan ve devletin temel kararlarını dayandırdığı özel bir bilgi dizisi veya kümesi olarak tanımlamaktadır.<sup>34</sup> Kahn ise, bilginin en geniş anlamdaki halinin istihbarat olduğunu ve istihbarat faaliyetlerinin temelini bilginin oluşturduğunu belirtmektedir.<sup>35</sup>

Mevcut tanımlara bakıldığında istihbarat kavramının merkezinde “bilgi”nin olduğu ve kavramın üç boyutuna vurgu yapıldığı görülmektedir;<sup>36</sup>

- Bilgi üretmek için kullanılan eylem ve süreçler,<sup>37</sup>
- Bilgiyle uğraşan kuruluşlar (istihbarat teşkilatları),<sup>38</sup>
- Karar vericiler için istihbarat servisleri tarafından hazırlanan raporlar ve brifingler.<sup>39</sup>

İstihbarat hem sürecin bir parçası hem de sürecin sonunda elde edilen üründür.<sup>40</sup> Bu süreç, istihbarat çarkı ile oluşmakta ve bilgilerin işlenmesiyle “istihbari bilgi”ye dönüşmektedir.<sup>41</sup> Her süreç kendi içerisinde zorluklar barındırıyor olsa da, toplanan bilgilerin anlamının ne olduğunun belirlenmesi ve analiz edilerek karar vericilere sunulması sürecin en kritik aşaması olarak kabul görmektedir.<sup>42</sup>

İstihbarat çarkı, istihbari bilgilerin etkili bir şekilde akışını sağlayıp stratejik aşamalardan geçerek uygun sonuçların elde edilmesini amaçlamaktadır. Lowenthal'ın istihbarat sürecini yedi aşamada tanımlayan en kapsamlı modeli, istihbarat teşkilatları tarafından daha sade ve istihbarat faaliyetleriyle daha uyumlu olan dört aşamaya indirgenmiştir. Bu çark, terörle mücadele faaliyetlerinde temel esaslardan biri olarak kabul edilmektedir. İstihbarat faaliyeti, kesintisiz bir süreçtir ve tüm istihbarat kuruluşları tarafından benzer bir çarka benzetilmektedir.<sup>43</sup>

<sup>31</sup> Noah Webster, Webster's new twentieth century dictionary of the english language, New York: The World Publishing Company, 1956, s. 954.

<sup>32</sup> Nurullah Aydın, İstihbarat ve istihbaratçı, İstanbul: Parola Yayınları, 2018, s. 25.

<sup>33</sup> Ransom Clark, Intelligence and National Security: A Reference Handbook, New York: Praeger, 2007, s. 1.

<sup>34</sup> Douglas Dearth ve Thomas Goodden, Strategic intelligence: theory and application, US Army War College: Center for Strategic Leadership, 1995, s. 411.

<sup>35</sup> David Kahn, İstihbaratın tarihsel teorisi, Ankara: Avrasya Bir Vakfı Yayınları, 2002, s. 1.

<sup>36</sup> İbrahim Çevik, Hasım İstihbarat ve Hibrit Savaş, Konya: Salon Yayınları, 2021, s. 17.

<sup>37</sup> Kahn, İstihbaratın tarihsel teorisi, s. 5

<sup>38</sup> Michael Herman, Intelligence Services in the Information Age, New York: Frank Cass Publishers, 2001, s. 73.

<sup>39</sup> Hank Prunckun, Methods of Inquiry for Intelligence Analysis, New York: The Rowman-Littefiled Publishing Group, 2010, s. 4.

<sup>40</sup> “Wanted: A Definition of ‘Intelligence’”, 01 07, 2002, <https://www.cia.gov/static/72b2d4c0d01e4e05c60ff7d37fdd68b1/Wanted-Definition-of-Intel.pdf>.

<sup>41</sup> Merve Seren, Stratejik İstihbarat ve Ulusal Güvenlik, Ankara: Orion Kitabevi, 2017, s. 249.

<sup>42</sup> Thomas Fingar, Reducing Uncertainty: Intelligence Analysis and National Security, California: Stanford University Press, 2011, s. 22.

<sup>43</sup> Gültekin Avcı, İstihbarat Oyunları, İstanbul: Birey Yayıncılık, 2007, s. 47.



Çarkın ilk aşamasında, milli güvenlik politikaları uyarınca istihbarat ihtiyaçların belirlenmesi ve bu ihtiyaçların operasyonel birimlere iletilmesi yer almaktadır. İkinci aşamada, operasyonel birimlerin, açık ya da kapalı kaynaklar üzerinden haber toplama faaliyetleri ile toplanan haberlerin değerlendirme birimlerine aktarılması vardır. Üçüncü aşamada, operasyonel birimlerden ve sivil kurumlardan alınan bilgi, haber ve belgeler analiz edilir ve istihbarat değeri taşıyan raporlar hazırlanır. Bu raporlar daha sonra yayınlanır. Dördüncü aşamada ise, karar vericilere istihbari bilgiler ulaştırılmakta, söz konusu bilgiler ilgili makamlarca kullanılmaktadır. Ayrıca yeni istihbarat ihtiyaçları da tespit edilmektedir.<sup>44</sup>

## II. TERÖRLE MÜCADELENİN HUKUKİ BOYUTU

Türkiye sahip olduğu eşsiz konumu, nüfusu, yüzölçümü ve doğal kaynaklarıyla jeopolitik ve jeostratejik avantajları içerisinde barındıran bir ülkedir. Önemli bir güç olma potansiyeline sahip Türkiye'nin bu durumu, küresel ve bölgesel güçler ile bazı komşu ülkeleri rahatsız etmekte, Türkiye'yi her anlamda etkileyen iç ve dış terör hareketleri bu güçler tarafından desteklenmektedir.

Türkiye 1960'lı yıllardan sonra Soğuk Savaş iklimi içerisinde sağ – sol ideolojilerin çatıştığı bir dönem geçirmiş, bu dönemde çok sayıda insan hayatını kaybetmiştir. Özellikle irili ufaklı aşırı sol örgütlerin (MLKP, TİKKO, DHKP-C gibi) faaliyetlerinin yoğun yaşandığı bu dönem 1980 darbesiyle azalmış, bu sefer de ayrılıkçı PKK terörünün faaliyetleri baş göstermiştir. Bu terör sarmalına 1990'lı yıllardan itibaren Hizbullah gibi terör örgütleri de eklenmiştir. 2016 yılında gerçekleştirilmeye çalışılan FETÖ darbe girişimi de Türkiye'de terör hareketlerinin geldiği noktayı görmek açısından önemlidir. Diğer taraftan Soğuk Savaş döneminde doğu ve batı blokları arasında tampon görevi gören Türkiye, SSCB'nin yıkılması akabinde çatışmaların ve bölgesel savaşların yaşandığı Balkanlar, Kafkaslar ve Orta Doğu coğrafyasının tam ortasında kalmıştır. Bu durum Irak'ın işgali, Arap Baharı ve Suriye İç Savaşı, Kırım'ın ilhaki, İkinci Karabağ Savaşı ve Rusya-Ukrayna Savaşı ile devam etmiştir. Bu istikrarsız ortam, yüzyılın en büyük göç hareketiyle bir insanlık dramına da dönüşmüştür. Bu süreçte terör hareketleri DAESH ve PYD/YPG gibi ülke sınırları dışında örgütlenen yapılar üzerinden artmıştır.

Tüm bu terör faaliyetleri Türkiye'de terörle mücadele kapsamında kanuni düzenlemelerin varlığını zorunlu kılmıştır. Türkiye'de terörle mücadeleye ilişkin ulusal mevzuatın merkezinde; 2709 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasası, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu ve 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu bulunmaktadır.

### A. TÜRKİYE CUMHURİYETİ ANAYASASI

Anayasa, “*Bir devletin yönetim biçimini belirten, yasama, yürütme, yargılama güçlerinin nasıl kullanılacağını gösteren, yurttaşların kamu haklarını bildiren temel yasa*”dır.<sup>45</sup> 1982 Türkiye Cumhuriyeti Anayasası Türk hukuk sistemi açısından hayati bir öneme haiz olup, anayasanın genel esaslar bölümünde yer alan ilk 3 maddesi;

“Devletin Şekli: Türkiye Devleti bir Cumhuriyettir.” (Madde 1)

<sup>44</sup> “İstihbaratın Tarihçesi”, 16 03, 2013, <http://www.mit.gov.tr/tarihce/giris.html>.

<sup>45</sup> “Güncel Türkçe Sözlük”, [www.tdk.gov.tr](http://www.tdk.gov.tr).



“Cumhuriyetin Nitelikleri: Türkiye Cumhuriyeti, toplumun huzuru, milli dayanışma ve adalet anlayışı içinde insan haklarına saygılı, Atatürk milliyetçiliğine bağlı, başlangıçta belirtilen temel ilkelere dayanan, demokratik, laik ve sosyal bir hukuk Devletidir. (Madde 2)

“Devletin bütünlüğü, Resmî dili, bayrağı, milli marşı ve başkenti: Türkiye Devleti, ülkesi ve milletiyle bölünmez bir bütündür. Dili Türkçedir. Bayrağı, şekli kanununda belirtilen, beyaz ay yıldızlı al bayraktır. Milli marşı İstiklal Marşı’dır. Başkenti Ankara’dır.

şeklinde düzenlenmiştir. Söz konusu maddeler, Türkiye Cumhuriyeti’nin bölünmez bütünlüğünün teminatıdır. Türkiye’de faaliyet gösteren terör örgütlerinden PKK etnik/ayrılıkçı bir örgüt olarak bağımsız bir Kürdistan hedefi belirlemiştir. Hizbullah gibi örgütler Cumhuriyetin temel kazanımları üzerinden din temelli bir rejim değişikliği amacı taşımıştır. Bir anlamda bu örgütlerin gerçekleştirdiği eylemler ve nihai amaçları mezkur üç maddenin mevcudiyetini ortadan kaldırmaya yöneliktir.<sup>46</sup>

Diğer taraftan anayasa, terörle mücadelenin önemli araçlarından biri olan Olağanüstü Hal Yönetiminin ilan edilmesinin hukuki zemini oluşturmaktadır. Anayasanın 119. Maddesinde;

*“Cumhurbaşkanı; savaş, savaşı gerektirecek bir durumun baş göstermesi, seferberlik, ayaklanma, vatan veya Cumhuriyete karşı kuvvetli ve eylemli bir kalkışma, ülkenin ve milletin bölünmezliğini içten veya dıştan tehlikeye düşüren şiddet hareketlerinin yaygınlaşması, anayasal düzeni veya temel hak ve hürriyetleri ortadan kaldırmaya yönelik yaygın şiddet hareketlerinin ortaya çıkması, şiddet olayları nedeniyle kamu düzeninin ciddi şekilde bozulması, tabii afet veya tehlikeli salgın hastalık ya da ağır ekonomik bunalımın ortaya çıkması hallerinde yurdun tamamında veya bir bölgesinde, süresi altı ayı geçmemek üzere olağanüstü hal ilan edebilir.” hususu yer almakta, ayrıca bunun yöntemi anlatılmaktadır.*

Türkiye özellikle PKK terör örgütünün karakol ve köy baskınları, yol kesmeleri, mayınlı ve bombalı saldırıları gibi sivil ve askeri tüm unsurları hedef haline getiren 1980’li ve 1990’lı yıllardaki eylemleri nedeniyle Olağanüstü hal yöntemine başvurmak zorunda kalmıştır. 1987 yılı Temmuz ayı içinde 285 sayılı kanun hükmünde kararnameyle Doğu ve Güneydoğu Anadolu’da çok sayıda ili kapsayacak şekilde olağanüstü hal bölge valiliği ihdas edilmiş, daha sonra Batman ve Şırnak’ın il olmasıyla 1990 yılında olağanüstü halin kapsamı genişletilmiştir. Bu kararnameyle; olağanüstü hal bölge valisine terörle mücadelede güvenliği sağlayacak şekilde bazı yetkiler verilmiştir. Bunlar arasında; *“köy, mezra, kom ve benzeri yerleşim birimlerinin boşaltılabileceği, yerlerin değiştirilebileceği, birleştirilebileceği, bu doğrultuda kamulaştırmaların re’sen ve ivedilikle yapılabileceği”* gibi yetkiler de bulunmaktadır. Söz konusu olağanüstü hal uygulaması 2002 yılında kaldırılana kadar etkin bir şekilde terörle mücadelede kullanılmıştır.

Diğer taraftan FETÖ tarafından 15 Temmuz 2016 tarihinde gerçekleştirilen hain darbe girişimi ardından da 21 Temmuz 2016 tarihinde Resmî Gazete’de yayımlanarak, olağanüstü hal ilan edilmiş, bu durum 2018 yılının Temmuz ayına dek sürmüştür. Bu karar, devlet

<sup>46</sup> TBB, “Türkiye ve Terörizm”, Rapor, Türkiye Barolar Birliği, Ankara, 2006, s. 547-552.

kadrolarına sızan FETÖ mensuplarıyla mücadele edilmesi noktasında önemli bir araç olarak görülmüştür.<sup>47</sup>

Devlet Güvenlik Mahkemeleri (DGM) uygulamaları da terörle mücadele kapsamında etkin şekilde faydalanılan mekanizmalardan biri olmuştur. Anayasanın Yargı bölümünde yer alan (madde 143) ve 2004 yılında yürürlükten kaldırılan DGM'ler terör suçlarına bakmıştır. Yürürlükte olduğu süre içerisinde bu mahkemeler; *"Devletin ülkesi ve milleti ile bölünmez bütünlüğü, hür demokratik düzen ve nitelikleri Anayasa'da belirtilen Cumhuriyet aleyhine işlenen ve doğrudan doğruya Devletin iç ve dış güvenliğini ilgilendiren suçlara bakmakla görevli"* olmuştur.<sup>48</sup>

### B. 5237 SAYILI TÜRK CEZA KANUNU

Türkiye'de terörle mücadele kapsamında etkin bir şekilde kullanılan kanunlardan biri de 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'dur. Söz konusu kanunun bazı maddeleri mutlak terör suçları, bazı maddeleri ise nispi terör suçları olarak kabul edilmektedir. Mutlak terör suçları, suçun hukuki tanımı ve içeriği gereği terör iklimi oluşturma hedefiyle gerçekleştirilen suçlardır. Nispi terör suçlarıysa, adi suç kapsamındadır. Ancak bahse konu suçlar, bir terör örgütü tarafından terör ortamı oluşturmak amacıyla ve terör eylemi yöntemleriyle yapılması durumunda, adi suç olma özelliğini kaybetmekte, kanun bu eylemi terör suçu olarak görmektedir.<sup>49</sup>

Terörle Mücadele Kanunu'nun 3. Maddesine yapılan atıfla, TCK'nın 302, 307, 309, 310, 311, 312, 313, 314, 315 ve 320. Maddelerinde bahsi geçen suçlar, mutlak terör suçları olarak kabul görmektedir. *"Devletin birliğini ve ülke bütünlüğünü bozmak, askerî tesisleri tahrip ve düşman askerî hareketleri yararına anlaşma, anayasayı ihlal, Cumhurbaşkanına suikast ve fiili saldırı, yasama organına karşı suç, hükûmete karşı suç, Türkiye Cumhuriyeti Hükûmetine karşı silahlı isyan, silahlı örgüt, silah sağlama, yabancı hizmetine askere yazma ve yazılma suçları"* bu kapsamda değerlendirilmektedir.

Diğer taraftan nispi terör suçları da TCK'nın birbirinden farklı kanun maddeleriyle açıklanmaktadır. TCK'nın *"79, 80, 81, 82, 84, 86, 87, 96, 106, 107, 108, 109, 112, 113, 114, 115, 116, 117, 118, 142, 148, 149, 151, 152, 170, 172, 173, 174, 185, 188, 199, 200, 202, 204, 210, 213, 214, 215, 223, 224, 243, 244, 265, 294, 300, 316, 317, 318 ve 319 uncu maddeleri ile 310 uncu maddesinin ikinci fıkrasında yer alan"* suçlar nispi terör suçları olarak görülmektedir.<sup>50</sup> Bu kapsamda; göçmen kaçakçılığı, insan ticareti, kasten öldürme, intihara yönlendirme, kasten yaralama, eziyet, tehdit, şantaj, cebir, eğitim ve öğretim hakkının

<sup>47</sup> "Türkiye'de OHAL sona erdi", <https://www.aa.com.tr/tr/gunun-basliklari/turkiyede-ohal-sona-erdi/1208010>.

<sup>48</sup> Tuğrul Katoğlu, "Özel Yetkili Mahkemelerde Özel Usuller", TBB Panel, 2010, s. 40.

<sup>49</sup> Faruk Y. Turinay, "Terörle Mücadele Kanunu'na Göre Mutlak ve Nispi Terör", İnsan & İnsan, 2019, 6(20), ss. 337-350, s. 340-344.

<sup>50</sup> Diğer taraftan diğer bazı kanunlarda da; "10/7/1953 tarihli ve 6136 sayılı Ateşli Silahlar ve Bıçaklar ile Diğer Aletler Hakkında Kanun'da tanımlanan suçlar; 31/8/1956 tarihli ve 6831 sayılı Orman Kanunu'nun 110 uncu maddesinin dördüncü ve beşinci fıkralarında tanımlanan kasten orman yakma suçları; 10/7/2003 tarihli ve 4926 sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu'nda tanımlanan ve hapis cezasını gerektiren suçlar; Anayasa'nın 120 nci maddesi gereğince olağanüstü hal ilan edilen bölgelerde, olağanüstü halin ilanına neden olan olaylara ilişkin suçlar; 21/7/1983 tarihli ve 2863 sayılı Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanunu'nun 68 inci maddesinde tanımlanan suç" kapsamında nispi terör suçları yer almaktadır.

engellenmesi, konut dokunulmazlığının ihlali, yağma, mala zarar verme, suç işlemeye tahrik gibi insan hayatına, insanların malvarlığına, kamu barışı ve kamu güvenliğine karşı terör amacı ve yöntemleriyle gerçekleştirilen suçlar yer almaktadır.<sup>51</sup>

### C. 3713 SAYILI TERÖRLE MÜCADELE KANUNU

Türkiye'nin terörle mücadelesinde en etkili kanun şüphesiz 1991 tarihli ve 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu (TMK)'dur. Söz konusu kanunda genel hatlarıyla;

*“Birinci Bölüm: Tanım ve Terör Suçları başlığı altında; Terörün tanımı, Terör suçlusu, Terör suçları, Terör amacıyla işlenen suçlar, Terör örgütleri, Terörün finansmanı gibi.*

*İkinci Bölüm: Yargılama Usulleri başlığı altında; Görev ve yargı çevresinin belirlenmesi, Soruşturma ve kovuşturma usulü, Avukat tayini gibi.*

*Üçüncü Bölüm: Cezaların İnfazı başlığı altında; Koşullu salıverilme.*

*Dördüncü Bölüm: Çeşitli Hükümler başlığı altında; Ödüllendirme, Koruma tedbirleri, Yardım gibi.*

*Beşinci Bölüm: Geçici Hükümler altında kanunun yürürlüğe girdiği tarihten önce işlenen suçlarla ilgili”* hususlara yer verilmektedir.

Terörle mücadele kanununun bu maddeleri mahkemeler tarafından terörle ilgili alınan kararlara ışık tutmakta, TMK ve TCK'nın maddelerine sıklıkla atıflar yapılmaktadır. Örneğin Yargıtay 16. Ceza Dairesi 2015 yılında almış olduğu bir kararda terör örgütünün unsurlarını TMK'nın ve TCK'nın bazı maddeleri üzerinden aşağıdaki şekilde vurgulamaktadır.<sup>52</sup>

**“Üye sayısı;** en az 3 kişiden oluşur. (TMK 7/1, TCK 220-314 maddeleri.)

**Amaç ve saik;** terör örgütü siyasi maksatla faaliyet gösterir. Bu doğrultuda, “Terör; cebir ve şiddet kullanarak; baskı, korkutma, yıldırma, sindirme ve tehdit yöntemlerinden biriyle, Anayasada belirtilen Cumhuriyetin niteliklerini ,siyasi, hukuki, sosyal, laik, ekonomik düzeni değiştirmek, Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünü bozmak, Türk Devletinin ve Cumhuriyetinin varlığını tehlikeye düşürmek, Devlet otoritesini zaafa uğratmak veya yıkmak veya ele geçirmek, temel hak ve hürriyetlerini yok etmek, Devletin iç ve dış güvenliğini kamu düzenini veya genel sağlığı bozmak” amacıyla faaliyet gösterir. (TMK m.1)

**Yöntem;** terör örgütü cebir ve şiddet kullanarak baskı, korkutma, yıldırma, sindirme veya tehdit yöntemlerinden biriyle hareket eder. (TMK 1-7.md.)

**Elverişlilik;** terör örgütünün yapısı, sahip bulunduğu üye sayısı ile araç ve gereç bakımından amaç suçları işlemeye elverişli olması gerekir. (TCK 220.md.)

**Araç gereç;** terör örgütü silahlı bir örgüt türüdür. ( TCK 314.madde.) Silah suçun unsurudur. Üyelerinin tamamının silahlı olması gerekmez, nitelik ve nicelik bakımından amaç suçu işlemeye yetecek kadar elemanında silah bulunması yeterlidir. Örgütün silahlı olup olmaması sahip olunan silahların cins, nitelik ve miktarı somut tehlikenin belirlenmesinde dikkate alınmalıdır. Örgütün, silahlı örgüt vasfını kazanması için mensuplarının silah sahibi olmaları gerekmez. Silahlar üzerinde gerektiğinde tasarruf imkanının

<sup>51</sup> Turinay, s. 345.

<sup>52</sup> Derda Gökmen, Uygulamada Terörle Mücadele Kanunu ve Devlet Sırlarına Karşı Suçlar, Adalet Yayınevi, 3. Baskı, Ankara, 2017, s. 26-28.

olması gerekli ve yeterlidir. Elverişlilik somut olaya göre hakim tarafından takdir edilecektir.” Yargıtay 16. Ceza Dairesi 24/4/2017 T., 2015/3 E., 2017/3 K.”

### III. TERÖRLE MÜCADELEDE İSTİHBARAT VE HUKUKİ TARTIŞMALAR

#### A. TERÖRLE MÜCADELE - İSTİHBARAT İLİŞKİSİ

Terörle mücadele ve istihbarat faaliyetleri arasında hayati bir ilişki bulunmaktadır. İstihbarat faaliyetlerinin etkinliği, elde edilen bilginin güvenilirliği ve karar vericilerin alacağı kararlar terörle mücadelede başarıyı getirmektedir. Bir anlamda doğru ve teyitli olmayan, zamanında üretilemeyen, dağıtımında eksiklikler yaşanan bir istihbarat sistemi kurulmadan terörle mücadelenin başarılı olma şansı azdır.<sup>53</sup> Bir anlamda istihbarat, terörle mücadelenin hem önleyici gücü, hem tehlikenin tanımlanması ve analiz edilmesinin kaynağı, hem de karar vericilerin alacağı kararların temelidir.

İstihbarat, terörle mücadelede önleyici bir yöntemdir. Tehditlerin istihbarat toplama yöntemleri vasıtasıyla önceden haber alınması ve buna yönelik önlemler geliştirilmesi hayati öneme sahiptir. Bu noktada yaşanan zafiyetler, ülkeler açısından büyük prestij kayıplarının yanı sıra can ve mal kaybına yol açmakla birlikte, oluşan terör iklimi vatandaşların kendilerini güvensizlik içinde hissetmelerine yol açmaktadır.<sup>54</sup> Yaşanan her terör eyleminde, ilk sorgulanan sistemlerin başında istihbarat birimleri gelmektedir. Örneğin, 11 Eylül saldırıları sonrasında ABD İstihbarat Servisleri ciddi anlamda sorgulanmış, istihbarat zaafı olduğu iddiası eleştirilerin merkezine oturmuştur.<sup>55</sup>

İstihbarat, terör tehlikesinin tanımlanması ve analiz edilmesinin kaynağı olarak görülmektedir. Terörle mücadele kapsamında istihbarat sayesinde; terör örgütünün güçlü ve zayıf yönlerinin ortaya konulması, örgütün sahip olduğu ideolojinin derinlemesine analiz edilmesi, örgütün insan kaynağının, milis yapılanmasının ve örgüte katılımın nedenlerinin masaya yatırılması, örgütün üst düzey kadrolarıyla ilgili çalışmalar yapılması, örgütün lojistik ihtiyaçlarının ve bunların karşılanma şekillerinin tespiti sağlanmaktadır.<sup>56</sup> Bir anlamda istihbarat, tehdidin yani düşmanın tüm özelliklerinin belirlenerek, buna yönelik stratejiler geliştirilmesinin önünü açmaktadır.

İstihbarat karar vericilerin alacağı kararların merkezinde yer almaktadır. Terörle mücadelede istihbaratın kullanımı, karar vericilerin ilgili politikaları belirlemeleri ve sağlıklı kararlar vermelerine yardımcı olmak amacıyla gerçekleştirilmektedir. Karar vericiler, istihbarat birimlerinden gelen bilgiler ışığında ulusal ve uluslararası düzeyde terörizm sorunu ile mücadele

<sup>53</sup> Yusuf Özer, “Terörizmle Mücadelede İstihbaratın Rolü: Kültürel İstihbarat Konsepti”, İstanbul Gelişim Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, 2(1), ss. 51-80, s. 59.

<sup>54</sup> Eveline Herzberger, Counter-Terrorism Intelligence Cooperation in the EU, New York: UNICRI, 2007, s. 21.

<sup>55</sup> Amy B. Zegart, “An Empirical Analysis of Failed Intelligence Reforms before September 11”, Political Science Quarterly, 121(1), 2006, ss. 33-60, s. 33.

<sup>56</sup> Yunus Karaağaç, “Terör ve Terörizmle Mücadelede İstihbaratın Önemi”, TERAM, 2020, <https://www.teram.org/Icerik/teror-ve-terorizmle-mucadelede-istihbaratin-onemi-99#:~:text=Ter%C3%B6re%20kar%C5%9F%C4%B1%20koyma%20noktas%C4%B1nda%20ta-kip,%C3%B6nem%20verdi%C4%9Fi%20bir%20faaliyet%20sahas%C4%B1d%C4%B1r.>

stratejileri belirlemektedir.<sup>57</sup> Bu sürecin en önemli aktörlerinden biri İstihbarat Servisleridir. Türkiye’de terörle mücadele kapsamında yapılan istihbarat toplama ve yayma faaliyetlerinde MİT, Emniyet Genel Müdürlüğü ve Jandarma Genel Komutanlığı yetkilidir.

1983 tarih ve 2937 sayılı Devlet İstihbarat Hizmetleri ve Milli İstihbarat Teşkilatı Kanunu Devlet İstihbaratının üretilmesi ve üretilen bu istihbaratın kullanılması ile MİT’in kuruluş, görev ve faaliyetlerine ait hususları düzenlemektedir. Kanunun 4. Maddesi çerçevesinde MİT’in görevleri aşağıdaki gibi belirlenmiştir;

- a) Türkiye Cumhuriyetinin ülkesi ve milleti ile bütünlüğüne, varlığına, bağımsızlığına, güvenliğine, Anayasal düzenine ve milli gücünü meydana getiren bütün unsurlarına karşı içten ve dıştan yöneltilen mevcut ve muhtemel faaliyetler hakkında milli güvenlik istihbaratını Devlet çapında oluşturmak ve bu istihbaratı Cumhurbaşkanı (...) (2), Genelkurmay Başkanı, Milli Güvenlik Kurulu Genel Sekreteri ile gerekli kuruluşlara ulaştırmak.
  - b) Devletin milli güvenlik siyasetiyle ilgili planların hazırlanması ve yürütülmesinde; Cumhurbaşkanı (...) (2), Genelkurmay Başkanı, Milli Güvenlik Kurulu Genel Sekreteri ile ilgili bakanlıkların istihbarat istek ve ihtiyaçlarını karşılamak.
  - c) Kamu kurum ve kuruluşlarının istihbarat faaliyetlerinin yönlendirilmesi için Cumhurbaşkanı (...) (2) ve Milli Güvenlik Kuruluna tekliflerde bulunmak. (1)
  - d) Kamu kurum ve kuruluşlarının istihbarat ve istihbarata karşı koyma faaliyetlerine teknik konularda müşavirlik yapmak ve koordinasyonun sağlanmasında yardımcı olmak.
  - e) Genelkurmay Başkanlığınca Silahlı Kuvvetler için lüzum görülecek haber ve istihbaratı, yapılacak protokole göre Genelkurmay Başkanlığına ulaştırmak.
  - f) Milli Güvenlik Kurulunda belirlenecek diğer görevleri yapmak.
  - g) İstihbarata karşı koymak.
  - h) (Ek: 17/4/2014-6532/1 md.) Dış güvenlik, terörle mücadele ve millî güvenliğe ilişkin konularda Cumhurbaşkanınca (...) (2) verilen görevleri yerine getirmek. (1)
  - i) (Ek: 17/4/2014-6532/1 md.) Dış istihbarat, millî savunma, terörle mücadele ve uluslararası suçlar ile siber güvenlik konularında her türlü teknik istihbarat ve insan istihbaratı usul, araç ve sistemlerini kullanmak suretiyle bilgi, belge, haber ve veri toplamak, kaydetmek, analiz etmek ve üretilen istihbaratı gerekli kuruluşlara ulaştırmak.
  - j) (Ek: 17/4/2014-6532/1 md.) İstihbarat kapasitesini, niteliğini ve etkinliğini artırmak amacıyla çağdaş istihbarat usul ve yöntemlerini araştırmak, teknolojik gelişmeleri takip etmek ve uygun görülenleri temin etmek.
- (Değişik birinci cümle: 17/4/2014-6532/1 md.) Millî İstihbarat Teşkilatına bu görevler dışında görev verilemez. Milli İstihbarat Teşkilatı birimlerinin görev, yetki ve sorumlulukları Cumhurbaşkanınca onaylanacak bir yönetmelikte belirtilir.”

İlgili kanun maddesinden anlaşılacağı üzere, MİT’in görev tanımlaması içinde; “olası tehdit ve istihbarat faaliyetlerinin kapsamı, istihbaratın ulaştırılacağı kurumlar, diğer ülkelerin istihbarat faaliyetlerine karşı konulması, dış güvenlik ve terörle ilgili istihbarat toplanması,

<sup>57</sup> Ertan Beşe ve Merve Seren, “Stratejik İstihbarat Olgusunun Teorik Çerçevesi, Unsurları ve Terörle Mücadele Politikaları Açısından Rolü ve Önemi”, Polis Bilimleri Dergisi, 13/3 (2011), s. 126.

teknik istihbarat ve insan istihbaratından faydalanılması, teknolojik gelişmelere ayak uydurulması” gibi hususlara yer verilmektedir. Kanun maddesinin (h) ve (i) maddelerinde terörle mücadele vurgusu yapılıyor olması, MİT’in bu konuda başat kurumların başında gelmesinin hukuki temelini oluşturmaktadır.

Kanun maddesinde istihbarat toplama yöntemlerinden de bahsedilmektedir. MİT terörle mücadele kapsamında insan, teknik, sinyal, elektronik, uydu ve görüntü istihbarat imkanları ile insansız hava araçları tarafından toplanan istihbarattan faydalanmaktadır.<sup>58</sup> Özellikle son yıllarda bu istihbarat toplama vasıtalarıyla yapılan istihbarat çalışmaları operasyonel kabiliyete dönüştürülmüş, yurtiçi ve yurtdışında MİT imkanlarıyla terör örgütlerine yönelik operasyonlar icra edilmeye başlanmıştır. Bu kapsamda; PKK’nın Irak İstihbarat Sorumlusu Celal Kaya,<sup>59</sup> MLKP’nin sözde Suriye sorumlusu Zeki Gürbüz, YPG/PYD Suriye sözde Sabotaj Sorumlusu Özgür Namoğlu, PKK sözde Özel Güç Cephe Sorumlusu Eyvaz Beyaz, sözde Özel Güç Lojistik Sorumlusu Neçirvan Seven gibi isimler insan ve teknik istihbarat imkanlarıyla takip edilmiş, SİHA’larla gerçekleştirilen operasyonlarla etkisiz hale getirilmiştir.<sup>60</sup>

Türkiye’de terörle mücadele kapsamında yapılan istihbarat toplama ve yayma faaliyetlerinde etkili olan kurumlardan biri de Emniyet Genel Müdürlüğü (EGM)’dür. EGM bünyesinden farklı başkanlıklar bulunmasına rağmen, bu konuda İstihbarat Başkanlığı’na ayrı bir yer ayırmakta fayda bulunmaktadır. İstihbarat Başkanlığı, 1951’den bugüne Türkiye’de iç güvenlik istihbaratının temininde faaliyet göstermektedir. Başkanlığın merkez ve taşra yapılanmaları mevcut olup, başta terör örgütleriyle ilgili olmak üzere, istihbarat çarkına uygun olarak istihbaratın toplanması, değerlendirilmesi ve analiz edilmesi ile operasyonel çalışmaların yapılması ve karar vericilere yürütülen çalışmaların çıktılarıyla ilgili bilgilerin sunulmasını görev edinmektedir.<sup>61</sup>

EGM İstihbarat Başkanlığı bu görev ve sorumluluklarını; 3201 Sayılı Emniyet Teşkilatı Kanunu, 2559 Sayılı Polis Vazife ve Salahiyet Kanunu (PVSK) ile Emniyet İstihbarat Dairesi Başkanlığı Merkez ve Taşra Üniteleri Kuruluş Görev ve Çalışma Yönetmeliği belirlemektedir.<sup>62</sup> Özellikle PVSK’nın Ek Madde 7 (Ek: 16/6/1985-3233/7 md.)’de yer alan; *“Polis Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğüne, Anayasa düzenine ve genel güvenliğine dair önleyici ve koruyucu tedbirleri almak, emniyet ve asayişini sağlamak üzere, ülke seviyesinde istihbarat faaliyetlerinde bulunur, bu amaçla bilgi toplar, değerlendirir, yetkili mercilere veya kullanma alanına ulaştırır. Devletin diğer istihbarat kuruluşlarıyla işbirliği yapar.”* hususu önemlidir. Söz konusu maddeyle, EGM’nin istihbarat faaliyetlerinin sınırı, kapsamı, yöntemi ve diğer istihbarat kuruluşlarıyla ilişkisi hukuki bir zemine dayandırılmaktadır. Bu madde sadece İstihbarat Başkanlığı’nın değil, EGM’nin Terörle Mücadele Dairesi Başkanlığı, Kaçakçılık ve Organize

<sup>58</sup> Sibel Düz, “Odak: PKK’nın Lider Kadrolarının Tasfiyesi”, 2023, <https://www.setav.org/odak-pkknin-lider-kadrolarinin-tasfiyesi/>.

<sup>59</sup> “MİT, PKK’nın Irak İstihbarat Sorumlusunu Etkisiz Hale Getirdi”, 2023, <https://www.iha.com.tr/haber-mit-pkknin-irak-istihbarat-sorumlusunu-etkisiz-hale-getirdi-1182454>.

<sup>60</sup> “SİHA Destekli MİT Operasyonları Terör Örgütlerine Darbe Vurdu”, 2023, <https://www.trthaber.com/haber/gundem/siha-destekli-mit-operasyonlari-teror-orgutlerine-darbe-vurdu-767084.html>.

<sup>61</sup> “Başkanlığımız”, <https://www.egm.gov.tr/istihbarat/baskanligimizgiris>.

<sup>62</sup> “Görev Yetki ve Sorumluluklarımız”, <https://www.egm.gov.tr/istihbarat/gorev-yetki-ve-sorumluluklarimiz>.

Suçlarla Mücadele Başkanlığı gibi diğer birimlerinin de kendi alanlarında istihbarat toplama faaliyeti yürütmesine imkan tanımaktadır. Bu birimler arasında kurulan koordinasyon terörle mücadele açısından hayati öneme haizdir. Örneğin, 2023 yılında İstanbul’da DEAŞ terör örgütüne yönelik Terörle Mücadele Şube Müdürlüğü ve İstihbarat Şube Müdürlüğü iş birliğinde gerçekleştirilen operasyon bunlardan sadece biridir. Söz konusu operasyonla örgütün sözde Ninova (Musul) Bölgesi Kadısı J.A. isimli Iraklı şahıs yakalanmıştır.<sup>63</sup>

Türkiye’de terörle mücadele kapsamında yapılan istihbarat toplama ve yayma faaliyetlerinde etkili olan bir diğer kurum da Jandarma Genel Komutanlığı’dır. 1983 tarih ve 2803 sayılı Jandarma Teşkilat, Görev ve Yetkileri Kanunu bu bağlamda önemlidir. Mezkûr kanunun 7. Maddesinde Jandarmanın genel olarak görevleri sıralanmaktadır. Bu kapsamda;

Madde 7 – (Değişik: 25/7/2016-KHK-668/9 md.; Aynen kabul: 8/11/2016-6755/9 md.)

*“a) Mülki görevleri;*

*Emniyet ve asayiş ile kamu düzenini sağlamak, korumak ve kollamak, kaçakçılığı men, takip ve tahkik etmek, suç işlenmesini önlemek için gerekli tedbirleri almak ve uygulamak, ceza infaz kurumları ve tutukevlerinin dış korumalarını yapmak, (b) ve (c) bentlerinde belirtilen görevler dışında kalan ve diğer kanun ve nizam hükümlerinin icrası ile bunlara dayalı emir ve kararlarla Jandarmaya verilen görevleri yapmak.*

*b) Adli görevleri;*

*İşlenmiş suçlarla ilgili olarak kanunlarda belirtilen işlemleri yapmak ve bunlara ilişkin adli hizmetleri yerine getirmek.*

*c) Askeri görevleri;*

*Kanunlarla ve Cumhurbaşkanlığı kararnameleriyle verilen askeri hizmetleri yerine getirme”*

hususlarına yer verilmektedir.

Bu kanundaki görev ve sorumlulukları yerine getirmek adına Jandarma Genel Komutanlığı istihbarat toplama ve yayma konusunda yetkili kılınmıştır. EGM’de olduğu gibi Jandarma Genel Komutanlığı’nın istihbarat faaliyetleri noktasında en etkili birimi İstihbarat Başkanlığı’dır. İstihbarat Başkanlığı’nın görev alanı; *“Başta terör suçları olmak üzere; suç işlenmesinin önlenmesi veya işlenen suçla ilgili olarak kişiler/ gruplar, suç örgütleri ile muhtemel hareket bölgeleri, hava ve arazi hakkında elde edilen her türlü bilgi ve haberin işlenmesi sonucu elde edilen bilgiler”* olarak geçmektedir. Başkanlık bu amacını hukuki düzenlemelere bağlı olarak gerçekleştirilmektedir.<sup>64</sup> Jandarma Genel Komutanlığı içerisindeki Jandarma Komando Operasyon Tabur Komutanlıkları (JOPER) gibi diğer operasyonel birimlerle koordineli çalışmalar yürüten Jandarma İstihbarat Başkanlığı terörle mücadelede hayati rol üstlenmektedir.<sup>65</sup>

<sup>63</sup> “Emniyetten Kritik Operasyon: DEAŞ’ın Kilit İsmi İstanbul’da Yakalandı”, 2023, <https://www.cnn-turk.com/turkiye/emniyetten-kritik-operasyon-deasin-kilit-ismi-istanbulda-yakalandi>

<sup>64</sup> “İstihbarat Başkanlığı”, <https://www.jandarma.gov.tr/istihbarat-baskanligi>.

<sup>65</sup> “JOPER Tabur Komutanlıkları”, <https://www.jandarma.gov.tr/joak/joper-tabur-komutanliklari>.



## B. HUKUKİ TARTIŞMALAR EKSENİNDE TERÖRİZMLE MÜCADELE

Günümüzde demokratik toplumlar, terörizm, casusluk faaliyetleri ve suç örgütlerinin karmaşık tehditleriyle karşı karşıyadır. Devletler, bu tür tehditlere karşı etkili bir şekilde mücadele edebilmek için gizlice gözetleme yetkisine sahip olmalıdır. Suç örgütleri ve terör örgütleri, katı hiyerarşiye sahiptir, iç ve dış ilişkileri gizlidir, üyeleri arasında sıkı işbirliği vardır ve suç işleme konusunda uzmanlaşmıştır. Ayrıca, bu örgütlerin faaliyetleri hızla değişebilir ve yer değiştirebilir, bu da suçların tespitini zorlaştırır. Organize suçların yayılması, bu tür tehditlerle başa çıkmak için koruma tedbirlerine duyulan ihtiyacı açıkça göstermektedir.

Terörle mücadelede karşı-terörizm, terör saldırılarına yanıt olarak gerçekleştirilen saldırı ve operasyon faaliyetlerini ifade eden bir terimdir. Bu tür faaliyetler, saldırıyı gerçekleştiren terörist grup veya bireylere karşı askeri veya güvenlik önlemlerini içerebilirken, istihbarat toplama ve takip gibi daha sofistike yöntemleri de içermektedir.

Öte yandan, anti-terörizm daha geniş bir perspektifle terörle mücadele politikalarını kapsar. Bu yaklaşım daha pasif bir stratejiyi benimser ve terörist bireylerin ve grupların toplumla olan bağlarını koparmayı veya dönüştürmeyi amaçlar. Bu bağlamda, anti-terörizm yasaları terör faaliyetlerini engellemek veya yanıtlamak için terörle ilişkilendirilen kişileri ve organizasyonları izlemeye, gözlemlemeye ve istihbarat toplamaya olanak sağlayan düzenlemeleri içerir.

Her terör saldırısının kendine özgü bir bağlamı göz önünde bulundurulduğunda, terör eyleminin terör amacıyla işlendiğini kanıtlamak için kullanılan kriterlerin değişebileceğinin kabul edilmesi gerektiği uzmanlar tarafından savunulmaktadır. Bu nedenle, terör tehdidi durumunda eylemi yasaklamak için delil kriterlerine yeni bir perspektifin getirilmesi gerektiği öne sürülmektedir. Ancak genelde yasal düzenlemeler terörle mücadele önlemlerini daha ayrıntılı bir şekilde açıklamak yerine, ciddi bir terör tehlikesinin varlığından bahisle suç ve ceza yaptırımlarını artırma yoluna gitmektedir.<sup>66</sup>

Bu düzenlemelere bağlı olarak ancak polis ve jandarma gibi kolluk kuvvetleri ve Milli İstihbarat Teşkilatı personeli tarafından istihbarat toplama faaliyetleri yürütülebilir. Bu faaliyetlerin yasal bir dayanak olmaksızın gerçekleştirilmesi hukuk devleti ilkesine aykırıdır. İstihbarat toplama süreçlerinde yasal düzenlemelere aykırılık, özgürlük-güvenlik çatışması riskini ve bu bağlamda temel demokratik ilkelerle ilgili hassasiyetler ortaya çıkmaktadır.

Terörle mücadele bağlamında yürütülen istihbarat faaliyetleri hukuki açıdan iki temel konu etrafında yoğunlaşan tartışmalara yol açmıştır. Bu tartışmalar, genellikle “İstihbarata Dayalı Verilerin Delil Niteliği” ve “İstihbarat Faaliyetlerinin Temel Hak ve Özgürlüklere Etkisi” gibi iki ana başlık altında değerlendirilmektedir.

<sup>66</sup> Feyzan Olgunsoy, “Terörle Mücadelede İstihbarat Faaliyetlerinin Özgürlükler Rejimine Etkisi: Türkiye, Birleşik Krallık ve Amerika Birleşik Devletleri”, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Doktora Tezi, İstanbul, 2019.

## 1. İstihbarata Dayalı Verilerin Delil Niteliği

Terörle mücadele, ulusal güvenlik açısından kritik bir öneme sahip olup bu alandaki istihbarat faaliyetlerinin etkili bir şekilde yürütülmesi gerekmektedir. Ancak, istihbaratın topladığı verilerin mahkemelerde delil olarak kabul edilip edilemeyeceği, istihbarat faaliyetleriyle ilgili temel bir hukuki tartışma konusunu oluşturmaktadır.

Terörle mücadele kapsamında istihbarat faaliyetleri, genellikle gizli ve özel bilgilere ulaşmayı amaçlar. İstihbarat kurumları, casusluk, teknik izleme, insan kaynaklarından bilgi toplama ve daha birçok yöntemi kullanarak bu verilere ulaşır. Bu veriler, terörle mücadelede önemli bir rol oynar ve potansiyel suçları önlemek veya suçluları yakalamak için kullanılır.

Ceza yargılaması hukukunda, herhangi bir nesne veya bilgi delil olarak kabul edilebilir. Ancak, delillerin belirli bir standardı vardır ve bu standartlar, delillerin yasalara uygun, mantıklı, olaya bağlı, gerçekleri ortaya çıkarmaya uygun ve hukuka uygun yöntemlerle elde edilmesi gerektiğini içerir. Deliller, anahtar, belirleyici, tamamlayıcı, yan veya yardımcı olabilirler, hatta bazen olayla ilgisi olmayan unsurlar bile delil olarak kullanılabilir. Ayrıca, bir davanın başlangıcını oluşturan iz, kanıt veya işaretler gibi bulgular ve bilgiler de mahkemede delil olarak kabul edilebilir. Kolluk kuvvetleri tarafından hazırlanan raporlar, somut kanıtlarla desteklenmelidir ve bu raporlar da mahkeme tarafından delil olarak kabul edilirler. Ancak, bazı durumlarda deliller tahrif edilmiş, sahte belgeler oluşturulmuş veya yasalara aykırı bir şekilde elde edilmiş olabilir. Bu tür deliller, yargılamada kullanılamazlar. Anayasa ve Ceza Muhakemesi Kanunu tarafından belirtilen kurallara uygun olmayan, ilişkisiz veya tahrif edilmiş deliller yargılamada geçerli değildirler.<sup>67</sup>

Polis, jandarma ve diğer güvenlik birimleri, toplumun güvenliğini sağlamak ve suçları önlemek amacıyla istihbarat bilgileri toplarlar. Bu bilgiler, genellikle faaliyet raporları halinde düzenlenir. Raporlar, istihbaratın doğruluğunu gösterebilecek izler, eserler ve somut delillerle desteklenir.

Milli İstihbarat Teşkilatı, ülkenin milli güvenliği ve istihbarat alanında görev yapar. Ancak, MİT'in topladığı bilgilerin yargılamada kullanılabilmesi belirli sınırlamalara tabidir. MİT Kanunu'na göre, MİT'in casusluk ve devlet sırlarına karşı işlenen suçlar dışında topladığı bilgiler mahkemelerde delil olarak kullanılamaz. Bu, MİT'in topladığı istihbaratın belirli yasal sınırlamalara tabi olduğunu gösterir.<sup>68</sup>

Milli İstihbarat Teşkilatı'nın hazırladığı raporlar, yargılama süreçlerinde sadece belirli koşullar altında kanıt olarak kabul edilebilir. Bu koşullar, 2937 sayılı Devlet İstihbarat Hizmetleri ve Milli İstihbarat Teşkilatı Kanunu'nun ek maddenin 1. fıkrasına dayanmaktadır. Bu fıkra gereği, Milli İstihbarat Teşkilatı (MİT) tarafından toplanan istihbari nitelikteki bilgi, belge, veri ve kayıtlar ile yapılan analizler, genellikle casusluk ve devlet sırlarına karşı işlenen suçlar dışındaki adli merciler tarafından talep edilemezler. Bu suçlar, çoğunlukla casusluk ve

<sup>67</sup> Eran Şen, "İstihbarat Raporlarının Delil Değeri", <https://www.hukukihaber.net/istihbarat-raporlarinin-delil-degeri#:~:text=M%C4%B0T'in%20i%C5%9Fi%20adli%20kolluk,sa%C4%9Flamlar%C4%B1%20kayd%C4%B1yla%20delil%20olarak%20kullan%C4%B1labilir>.

<sup>68</sup> ibid.

devlet sırlarına karşı işlenen suçları içermektedir. Ancak, MİT Kanunu'nun "Milli İstihbarat Teşkilatının görevleri" başlıklı 4. maddesinin 1. fıkrasının (i) bendi bir istisnadır. Bu bend, MİT'in dış istihbarat, milli savunma, terörle mücadele, uluslararası suçlar ve siber güvenlik gibi konularda teknik istihbarat ve insan istihbaratı yöntemleriyle bilgi, belge, haber ve veri toplama, kaydetme, analiz etme ve bu istihbaratı ilgili kuruluşlara iletmek gibi görevleri olduğunu belirtir. Bu bağlamda, MİT görevi sırasında potansiyel bir suçla ilgili delile ulaşırsa, bu delili ilgili adli birimle paylaşmalıdır.<sup>69</sup>

Polis ve jandarma gibi idari veya adli kolluk birimleri, istihbarat toplama görevi yürütürler ve bu bağlamda bilgi veya delil toplarlar, bunları raporlarlar. Adli kolluk olarak hareket ederken, Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 160. ve 161. maddeleri gibi ilgili hükümlere dayanarak delil toplama yetkilerine sahiptirler. Bu yetki çerçevesinde kolluk, hukuka uygun yöntemlerle delil toplar ve bu çalışmalarını raporlarlar. Raporlar, cumhuriyet savcısının direktifleri doğrultusunda hareket ederken tutanak haline getirilir. Kolluk, idari görevlerini yerine getirirken de raporlar hazırlayabilir. Ancak, bu tür raporlar tek başına delil olarak kabul edilmezler; yani içerikleri somut delillerle doğrulanmalıdır.<sup>70</sup>

Sonuç olarak ceza yargılamasında her türlü bilgi ve rapor potansiyel bir delil olabilir, ancak bunlar mantıklı, gerçekçi, olaya ve hukuka uygun, müşterek ve somut delil niteliğine sahip olmalıdır. Kolluk tarafından hazırlanan bu raporlar, içerikleri somut delille desteklenene dek bir emare veya başka bir bilgi türü olarak kabul edilir. Ancak, somut delillerle desteklendiklerinde ve usulüne uygun şekilde hazırlandıklarında bu tür bilgi içerikli raporlar delil olarak kabul edilebilirler. Kolluğun bir olay veya kişi ile ilgili hazırladığı raporlar, henüz soruşturma başlatılmamışken istihbarat veya önleyici kolluk faaliyetleri sırasında da olabilir. Yasal olarak kullanılmaları yasaklanmadıkça, bu tür raporlar yargılamada delil olarak kabul edilebilirler. Ancak, somut delillerle desteklenmeyen veya içeriğinin doğruluğu kanıtlanamayan kolluk raporlarının delil değeri bulunmaz.

## 2. Temel Hak ve Özgürlükler Ekseninde İstihbarat Faaliyetleri

1982 Anayasası'nın 12. maddesi, her vatandaşın kişiliğine sıkı sıkıya bağlı ve vazgeçilmez olan temel hak ve özgürlüklere sahip olduğunu belirtmektedir. Bu temel hak ve özgürlükler, Anayasa'nın 13. maddesine göre sadece belirli nedenlere dayalı olarak ve yalnızca kanunlar aracılığıyla sınırlandırılabilir. Bu sınırlamalar ayrıca Anayasa'nın taşıdığı genel ruha, laik ve demokratik toplum düzenine ve ölçülülük ilkesine uygun olmalıdır. Anayasa'nın 20. ve 13. maddeleri bir arada ele alındığında, ulusal güvenlik, kamu düzeni, asayişin sağlanması, genel sağlık ve ahlakın korunması gibi nedenlerle kişilerin özel hayat gizliliği hakkının sınırlandırılabilceği belirtilmektedir. Ancak bu sınırlamalar yasalarla düzenlenmelidir ve temel hakların özüne zarar vermemelidir.<sup>71</sup>

<sup>69</sup> ibid.

<sup>70</sup> ibid.

<sup>71</sup> Emre Güzey, "Özel Hayatın Gizliliğine Saygı Hakkı Kapsamında İstihbarat Faaliyetlerinin İncelenmesi", Milli Savunma Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü İstihbarat Anabilim Dalı Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2020, s. 60.

Şüphelilerin terör eylemlerine hazırlandığına veya bu tür eylemlerin aşamalarına katıldığına dair istihbarat bilgilerinin sorgulanması, toplumsal adaletin tesis edilmesi ve güvenliğinin sağlanması açısından büyük bir öneme sahiptir. Ayrıca, bu tür şüpheleri değerlendirmek ve gerekli soruşturmaları başlatmak, potansiyel terör eylemlerinin gerçekleşmesini engellemeye yönelik kritik bir rol oynamaktadır. Kolluk kuvvetleri, kendilerine iletilen istihbari bilgi veya raporun, terör suçlarına ilişkin bir soruşturma başlatmak için yeterli bir şüphe oluşturup oluşturmadığını değerlendirerek, ciddi zarar ve hasarın ortaya çıkmasını engellemeye katkıda bulunmaktadır.

Ceza Kanunu, temel hak ve özgürlüklerin için tehdit oluşturan suçların birçoğunda, kamu görevlisinin görevini yerine getirirken uygun bir şekilde hareket etmesini gerektiren şartları içerir. Bazı kamu görevlilerine, belirli yasal koşulların sağlanması şartıyla kişilerin özel hayatına müdahale yetkisi tanınabilir. Yasaların çizdiği sınırlar içinde görevlerini yerine getiren kamu görevlilerinin eylemleri hukuka uygun kabul edilir.

Örneğin yasal düzenlemelere uygun olarak gerçekleştirilen iletişim denetlemesi faaliyeti hukuka uygun kabul edilebilir. Ancak, yetkinin kamu görevlileri tarafından aşıldığı durumlarda suç oluşabilir. Mesela Ceza Muhakemesi Kanunu'nda belirtilen teknik araçlarla izleme tedbirinin kişinin konutunda uygulanmasına izin verilmemiştir. Bu düzenlemeye uyulmaksızın bir kişinin konutu teknik araçlarla izlenirse, özel hayatın gizliliğini ihlal suçunun işlendiği kabul edilir.

Adli amaçla telekomünikasyon yoluyla iletişimin denetlenmesi, Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 135. maddesi ve sonraki maddelerinde açıkça düzenlenmiştir. Bu tedbir, sadece kanunda belirtilen suçların ortaya çıkarılması amacıyla ve başka delil elde etme imkanının olmadığı durumlarda, güçlü şüphenin varlığına dayalı olarak kullanılabilir. Bu nedenle, iletişimin denetlenmesi tedbiri, anayasa tarafından güvence altına alınan temel hakları, özellikle haberleşme özgürlüğünü sınırlayan bir tedbirdir ve katı şekil şartlarına tabidir. Bu tedbir kararı, sadece bir hakim tarafından verilen onay veya kararla uygulanabilir. Acil durumlarda, Cumhuriyet savcısı tarafından verilen tedbir kararı hemen bir hakim tarafından onaylanmalıdır. İstihbarat amaçlı iletişimin denetlenmesi yetkisi ise, kanun tarafından istihbarat faaliyetleri yürütmesi emredilen kurumların kendi yasalarında düzenlenmiştir. Bu çerçevede, önleyici amaçlı iletişimin denetlenmesi, herhangi bir soruşturma açılmasına gerek olmaksızın hakim kararı veya gecikmesinde sakınca bulunabilecek durumlarda kurum amirinin yazılı izni ile gerçekleştirilebilir.<sup>72</sup>

Buna ek olarak, Milli İstihbarat Teşkilatı, kendisine yasal olarak görevlerini yaparken, Anayasa'nın belirlediği temel prensiplere ve demokratik hukuk devletine yönelik önemli düzeyde bir tehdidin varlığı durumunda devlet güvenliğini sağlama ve terör faaliyetlerini önleme amaçları doğrultusunda telekomünikasyon yoluyla iletişimi izleme, dinleme, sinyal bilgilerini değerlendirme ve kayıt altına alma yetkisine sahiptir. Bu nedenle, ciddi bir tehdidin bulunduğu durumlarda, şüpheli kişiler hakkında, mahkeme kararıyla veya acil durumlarda Teşkilat

<sup>72</sup> Güzey, s. 64.

Başkanı veya yardımcısının yazılı emriyle iletişimin izlenmesi yoluyla bilgi toplama faaliyetleri gerçekleştirilebilir.<sup>73</sup>

Gizli soruşturmacı görevlendirilmesi ve teknik araçlarla izleme ise Ceza Muhakemesi Kanunu'nda düzenlenmiş diğer koruma tedbirleridir. CMK'da gizli soruşturmacının tanımı yapılmamış olsa da Alman Ceza Muhakemesi Kanunu'nda gizli soruşturmacı, gizli kimlik altında sistematik bir biçimde soruşturma yapan kamu görevlisi olarak tanımlanmıştır. Teknik araçlarla takip, ses, sinyal ve görüntünün çeşitli teknik araçlarla toplanması anlamına gelir. Bu tür araçlarla delil toplama işlemi, Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 140. maddesi kapsamında değerlendirilir.

Gizli soruşturmacı görevlendirilmesi ve teknik araçlarla izleme tedbirleri, iletişimin denetlenmesi tedbiri ile benzer amaçlar doğrultusunda ve benzer prosedürlerle uygulanır. Ancak gecikmesinde sakınca bulunan durumlarda savcı tarafından verilen tedbir kararlarının hakim onayından geçirilmesi gerekliliği CMK'da düzenlenmemiştir. Ayrıca, Türk hukukunda açıkça istihbarat amaçlı gizli soruşturmacıların kullanımına dair bir düzenleme bulunmamaktadır. Ancak, MİT Kanunu'nda yer alan 6. madde, MİT'e örtülü bir şekilde gizli soruşturmacı görevlendirme yetkisi verdiği şeklinde yorumlanabilir.

Türk Polisi, ülke genelinde istihbarat operasyonları yapma yetkisine sahiptir ve bu, Emniyet Genel Müdürü veya istihbarat başkanının yazılı emriyle, mahkeme kararı veya acil durumlarda telekomünikasyon yoluyla iletişimi izleme, dinleme, sinyal bilgilerini değerlendirme ve kayda alma gibi istihbarat görevlerini içerir. Bu yetki, özellikle terör suçlarının önlenmesi amaçlanarak verilmiştir. Hızlı karar verilmesi gereken durumlarda yazılı emir, onay için yirmi dört saat içinde yetkili ve görevli hakime sunulur. Hakim, kararını en geç kırk sekiz saat içinde verir.<sup>74</sup>

Jandarma da terörle mücadele kapsamında iletişimi izleme, teknik takip ve bilgi toplama gibi istihbarat faaliyetlerini yürütme yetkisine sahiptir. Bu yetkiler, polisin sahip olduğu yetkilere benzerdir. Ancak, Jandarma'nın genel bir istihbarat operasyonu yapma yetkisi yoktur. Terör suçlarının önlenmesi amacıyla, mahkeme kararı veya acil durumlarda Jandarma Genel Komutanı veya istihbarat başkanının yazılı emriyle telekomünikasyon yoluyla iletişimi izleme, dinleme, sinyal bilgilerini değerlendirme ve kayda alma yetkisi vardır. Hızlı karar verilmesi gereken durumlarda yazılı emir, yirmi dört saat içinde yetkili ve görevli hakim onayına sunulur. Hakim, kararını en geç kırk sekiz saat içinde verir.<sup>75</sup>

## TARTIŞMA VE SONUÇ

Devletler, uluslararası ilişkilerin baş aktörleri olarak birçok farklı değişkeni göz önünde bulundurmak zorundadır. Bu değişkenler içerisinde en önemlisi güvenlidir. Soğuk Savaş döneminin sona ermesiyle birlikte iki kutuplu dünya düzeninin klasik güvenlik anlayışı da değişmiş; enerji, siber, iklim, uzay ve terörizm başlıklı tehditler devletlerin güvenlik öncelikleri

<sup>73</sup> Olgunsoy, age.

<sup>74</sup> ibid.

<sup>75</sup> ibid.

arasına girmiştir. Devletler, bu yeni tehdit türleriyle mücadele edebilmek için yeni güvenlik konseptleri ve stratejiler geliştirmeye başlamış, istihbarat faaliyetleri de buna bağlı şekillenmiştir.

Söz konusu tehditlerden biri bahsedildiği üzere terörizmdir. Bir kavram olarak "terör"; Latince "terrere" kelimesinden türemiş olup, korkutma, şiddet uygulama ve yıldırma gibi eylemleri içinde barındırmaktadır. Türk hukuk sisteminde 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu bu kavramın tanımını yaparken; Türkiye Cumhuriyeti'nin temel ilkelerine, Türk devletinin bütünlüğüne, temel hak ve özgürlüklere, kamu düzenine vurgu yapmaktadır. Bu tanımlamaya diğer hukuk metinlerinde ve mahkemelerin gerekçeli kararlarında da atıf yapılmaktadır.

Terörün, doğrudan devletin mevcudiyetini tehdit eden yapısı ve öngörülemelik özelliği devletleri, iyi planlanmış ve hesaplanmış bir stratejik anlayışla terörle mücadeleye zorunlu kılmaktadır. Bu mücadele sadece askeri, finansal, toplumsal, politik ve kültürel unsurlarla değil, aynı zamanda başarılı bir istihbarat anlayışı ile caydırıcılığı olan hukuk düzeniyle mümkündür.

Devletlerin bilgi ihtiyacını karşılayabilmek için gerçekleştirilen istihbarat faaliyetleri terörle mücadelede hayati öneme sahiptir. Tehditlerin, istihbarat toplama yöntemleriyle önceden öğrenilmesi ve buna yönelik önlemler alınması istihbaratın önleyici özelliğinin bir sonucudur. Bununla birlikte terör örgütünün güçlü ve zayıf yönlerinin tespiti, örgüt ideolojisinin analizi, örgütün insan kaynağının ve milis yapılanmasının ortaya konulması, lojistik ihtiyaçları ve bunların karşılanma şekillerinin bilinmesi yine istihbarat faaliyetlerindeki başarıyla mümkündür. Başarılı bir istihbarat süreci, karar vericilerin alacağı kararların da daha isabetli olmasına yardımcı olmaktadır.

Temel hak ve özgürlükler, modern demokrasilerin temel taşlarıdır ve bireylerin yaşam kalitesini ve insan haklarını korumada merkezi bir rol oynarlar. Bununla birlikte, toplumsal güvenliği sağlama ihtiyacı, bazen temel hak ve özgürlüklerin kısıtlanmasını gerekli kılar. Temel hakların kısıtlanmasıyla ilgili hukuki çerçeve, birçok ülkenin anayasaları ve uluslararası insan hakları sözleşmeleri tarafından belirlenir. Bu belgeler, temel hakların sadece belirli nedenlerle ve belirli yollarla kısıtlanabileceğini belirtir. Bu nedenler genellikle ulusal güvenlik, kamu düzeni, asayişin sağlanması, genel sağlık ve ahlakın korunması gibi faktörleri içerir. Ancak, bu kısıtlamaların kanunlar yoluyla yapılması ve temel hakların özünü zedelemekten kaçınılması gerekmektedir. Ulusal güvenlik, bir devletin hayatta kalması ve vatandaşlarının güvenliğini sağlamak için temel bir gerekliliktir. Ancak, ulusal güvenlik gerekçesiyle temel hakların kısıtlanması, hassas bir denge gerektirir. Bu dengeyi sağlamak için kısıtlamaların ölçülü ve orantılı olması önemlidir.

Türkiye'de terörle mücadele noktasında ulusal mevzuatın merkezinde 2709 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasası, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu ve 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu bulunmaktadır. Devletin şekli, Cumhuriyetin nitelikleri, Devletin bütünlüğü, Resmi dili, bayrağı, milli marşı ve başkenti gibi değiştirilemez hükümlerin yer aldığı Anayasanın ilk üç maddesi terör örgütlerinin nihai hedefleri arasındadır. Anayasanın 119. maddesiyle de terörle mücadelenin önemli araçlarından biri olan "olağanüstü hal yönetiminin" ilanının hukuki altyapısı oluşturmaktadır. 5237 sayılı TCK'da da terörle mücadele kapsamında önemli

maddeler bulunmaktadır. Kanun mutlak ve nispi terör suçları ayrımında gitmiştir. Mutlak terör suçları örgüt faaliyeti içerisinde işlenip işlenilmediğine bakılmaksızın içeriği itibariyle terör suçu sayılmaktadır. Nispi terör suçlarıysa, terör örgütü içerisinde, terör ortamı oluşturmak amacıyla ve terör örgütlerinin kullandığı yöntemlerle işlenmesi şartıyla terör suçu kabul edilen suçlardır. Terörle mücadele kapsamında çıkarılan en etkili kanun ise 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu'dur. Bu kanunla; terörün tanımı, terör suçlusu, terör suçları, terör amacıyla işlenen suçlar, terör örgütleri, terörün finansmanı, yargılama usulleri, cezaların infazı, koruma tedbirleri gibi başlıklara yer verilmektedir.

Türkiye'de terörle mücadele kapsamında gerçekleştirilen istihbarat faaliyetlerinin merkezinde MİT, Emniyet Genel Müdürlüğü ve Jandarma Genel Komutanlığı bulunmaktadır. MİT bu yetkisini 2937 sayılı Devlet İstihbarat Hizmetleri ve Milli İstihbarat Teşkilatı Kanunu'na dayanarak kullanmaktadır. Söz konusu kanunda MİT'in görevleri arasında terörle mücadele hususu özellikle geçmekte olup, kurum son yıllarda istihbarat toplama faaliyetlerine operasyonel bir yetenek de ekleyerek terörle mücadelede ön plana çıkmıştır. Emniyet Genel Müdürlüğü de 3201 sayılı Emniyet Teşkilatı Kanunu ve 2559 sayılı Polis Vazife ve Salahiyet Kanunu kapsamında terörle mücadelede istihbarat faaliyetlerini yürütmekte, Genel Müdürlük içerisinde farklı birimlerin koordinasyonu ile istihbarat çalışmaları operasyonel faaliyete dönüştürülmektedir. Jandarma Genel Komutanlığı da Türkiye'de terörle mücadele kapsamında istihbarat faaliyeti yürüten kurumlardan biridir. 2803 sayılı Jandarma Teşkilat, Görev ve Yetkileri Kanunu bu noktada belirleyicidir. Jandarma'da da birimler arasındaki koordinasyonla istihbarat bilgisi operasyonel bir çalışmayla sonucu ulaştırılmaktadır.



## KAYNAKÇA

- Ajzenstadt, Mimi ve Ariel Barak. "Terrorism and Risk Management: The Israeli Case". *Punishment and Society*, 10(4), 355-374, 2008.
- Avcı, Gültekin. *İstihbarat Oyunları*. İstanbul: Birey Yayıncılık, 2007.
- Aydın, Nurullah. *İstihbarat ve İstihbaratçı*. İstanbul: Parola Yayınları, 2018.
- Aytaç, Ömer ve Murat Sarı, "Terör Nedeniyle Yaşanan Göç Olgusu ve Yarattığı Sorunlar: Mardin Örneği", *Fırat Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, 31(2), 1017-1028, 2018.
- Bal, İhsan. *Alacakaranlıkta Terörle Mücadele ve Komplo Teorileri*. İstanbul: Uluslararası Stratejik Araştırmalar Kurumu (USAK), 2006.
- Başbuğ, İlker. *Terör Örgütlerinin Sonu*. İstanbul: Remzi Kitabevi, 2014.
- Benes, Libor. OSINT, "New Technologies, Education: Expanding Opportunities and Threats. A New Paradigm. *Journal of Strategic Security, Supplement: Ninth Annual IAFIE Conference: Expanding the Frontiers of Intelligence Education*, 6(3), 22-37, 2013.
- Best, Steven ve Anthony Nocella, "Defining Terrorism", *Animal Liberation Philosophy and Policy Journal*, 2/1 (2004), 1-18.
- Beşe, Ertan ve Merve Seren. "Stratejik İstihbarat Olgusunun Teorik Çerçevesi, Unsurları ve Terörle Mücadele Politikaları Açısından Rolü ve Önemi". *Polis Bilimleri Dergisi*, 13(3), 123-145, 2011.
- Bozkurt, İhsan. "Dünyadaki Bazı İstihbarat Teşkilatlarının Kısa Tarihçesi". *Türk İstihbarat Tarihi*. Der. İsmail Hakkı Demircioğlu, Ahmet Özcan, Namık Çencen ve Yücel Yiğit. İstanbul: Yeditepe Yayınevi, 2021.
- Clark, Ransom. *Intelligence and National Security: A Reference Handbook*. New York: Praeger, 2007.
- Crenshaw, Martha. "The Causes of Terrorism". *Comparative Politics*, 13(4), 379-399, 1981.
- Cronin, Audrey Kurth ve James Ludes. *Attacking terrorism: Elements of a grand strategy*. Washington: Georgetown University Press, 2004.
- Cronin, Audrey Kurth. *How Terrorism Ends: Understanding the Decline and the Demise of Terrorist Campaigns*. Princeton & Oxford: Princeton University Press, 2006.
- Çevik, İbrahim. Hasım *İstihbarat ve Hibrit Savaş*. Konya: Salon Yayınları, 2021.
- Çınar, Yusuf. "Terörizmin Uluslararası Sistem ve Uluslararası Hukuk İlişkisinde Ortak Tanımlama Sorunu". *Bilge Strateji Dergisi*, 9/17 (2017), 33-57.
- Dearth, Douglas ve Thomas Goodden. *Strategic intelligence: theory and application*. US Army War College: Center for Strategic Leadership, 1995.
- Demirel, Emin. *Terör*. İstanbul: IQ Kültür-Sanat Yayınları, 2001.
- Düz, Sibel, "Odak: PKK'nın Lider Kadrolarının Tasfiyesi", 2023, <https://www.setav.org/odak-pkknin-lider-kadrolarinin-tasfiyesi/>.
- European Court of Human Rights. (2015). *Data Protection and Retention Issues Relevant for the Internet*. 04 24, 2023 tarihinde Case-law of the European Court of Human Rights: [https://www.echr.coe.int/documents/research\\_report\\_internet\\_eng.pdf](https://www.echr.coe.int/documents/research_report_internet_eng.pdf) adresinden alındı
- Fingar, Thomas. *Reducing Uncertainty: Intelligence Analysis and National Security*. California: Stanford University Press, 2011.
- Gill, Petter, Stephen Marrin ve Mark Phythian. *Intelligence Theory: Key questions and debate*. New York: Routledge, 2008.

- Gökmen, Derda, *Uygulamada Terörle Mücadele Kanunu ve Devlet Sırlarına Karşı Suçlar*, Adalet Yayınevi, 3. Baskı, Ankara, 2017.
- Güzey, Emre, “*Özel Hayatın Gizliliğine Saygı Hakkı Kapsamında İstihbarat Faaliyetlerinin İncelenmesi*”, Milli Savunma Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü İstihbarat Anabilim Dalı Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2020.
- Hacıtahiroğlu, Kürşad. *Türkiye’deki Terörizmin İşsizlik Üzerine Etkileri*. İstanbul: Buhara Yayınları, 2012.
- Herman, Michael. *Intelligence Services in the Information Age*. New York: Frank Cass Publishers, 2001.
- Herzberger, Eveline. *Counter-Terrorism Intelligence Cooperation in the EU*. New York: UNICRI, 2007.
- Jenkins, Barin. “International Terrorism: A New Mode of Conflict”. *International Terrorism and World Security*. Der. David Carlton ve Carlo Schaerf, New York: Routledges, 1975.
- Kahn, David. *İstihbaratın Tarihsel Teorisi* (Cilt 8). Ankara: Avrasya Bir Vakfı Yayınları, 2002.
- Karaağaç, Yunus, “*Terör ve Terörizmle Mücadelede İstihbaratın Önemi*”, TERAM, 2020, <https://www.teram.org/Icerik/teror-ve-terorizmle-mucadelede-istihbaratin-onemi-99#:~:text=Ter%C3%B6re%20kar%C5%9F%C4%B1%20koyma%20noktas%C4%B1nda%20ta-kip,%C3%B6nem%20verdi%C4%9Fi%20bir%20faaliyet%20sahas%C4%B1d%C4%B1r>.
- Katoğlu, Tuğrul, “*Özel Yetkili Mahkemelerde Özel Usuller*”, TBB Panel, 2010.
- Köseli, Mutlu. “Terörle Mücadelede İstihbaratın Rolü”. *Polis Bilimleri Dergisi*, 11(2), 51-80, 2009.
- Kruglanski, Arie ve Shira Fishman, “Psychological Factors in Terrorism and Counterterrorism: Individual, Group, and Organizational Levels of Analysis”. *Social Issues and Policy Review*, 1-44, 2009.
- KVKK. *Kişisel Verilerin Korunması Kanunu Hakkında Sıkça Sorulan Sorular*. Ankara: KVKK Yayınları, 2019.
- Morag, Nadav. *Comparative Homeland Security: Global Lessons*. New York: John Wiley & Sons, 2011.
- Olgunsoy, Feyzan, “*Terörle Mücadelede İstihbarat Faaliyetlerinin Özgürlükler Rejimine Etkisi: Türkiye, Birleşik Krallık ve Amerika Birleşik Devletleri*”, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Doktora Tezi, İstanbul, 2019.
- Özer, Yusuf, “Terörizmle Mücadelede İstihbaratın Rolü: Kültürel İstihbarat Konsepti”, *İstanbul Gelişim Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, 2(1), s. 51-80.
- Pillar, Paul. *Terrorism and U.S. Foreign Policy*. Washington: Brookings Institution Press, 2003.
- Prunckun, Hank. *Methods of Inquiry for Intelligence Analysis*. New York: The Rowman-Littefiled Publishing Group, 2010.
- Robinson, Piers. “Learning from the Chilcot Report: Propaganda, Deception and the 'War on Terror'”. *International Journal of Contemporary Iraqi Studies*, 11(1-2), 47-73, 2016.
- Sarı, Gökhan ve Cenker Korhan Demir, “Terörizm ve terörizmle mücadele”. *Teoriden Uygulamaya Güvenlik Üzerine*, Der. Cenker Korhan Demir. Ankara: Gazi Kitabevi, 2018.
- Schmid, Alex. *Küresel Dünyada Terörizm Konsepti*. Çev. Suat Doğan, İstanbul: EGM Basımevi TEMÜH Yayını, 2004.
- Seren, Merve. *Stratejik İstihbarat ve Ulusal Güvenlik*. Ankara: Orion Kitabevi, 2017.
- Sharber, Chelsea ve Glenn Schweitzer. *Countering Urban Terrorism in Russia and the United States: Proceedings of a Workshop*. New York: The National Academies Press, 2006.
- Şen, Ersan, “*İstihbarat Raporlarının Delil Değeri*”, <https://www.hukukihaber.net/istihbarat-raporlarinin-delil-degeri#:~:text=M%C4%B0T'in%20i%C5%9Fi%20adli%20kolluk,sa%C4%9Flamalar%C4%B1%20kayd%C4%B1yla%20delil%20olarak%20kullan%C4%B1labilir>.

- Taştan, Mehmet, *Açıklamalı-İçtihatlı Terörle Mücadele Kanunu*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2009.
- TBB. *Türkiye ve Terörizm*. Ankara: Türkiye Barolar Birliği Yayınları, 2006.
- Thornton-Thomas, Perry. "Terror as a Weapon of Political Agitation". *Internal War: Problems and Approaches*. Der. Harry Eckstein. New York: The Free Press, 1964.
- Tilly, Charles. "Terror, Terrorism, Terrorists". *Sociological Theory*, 22(1), 5-13, 2004.
- Turinay, Faruk Y., "Terörle Mücadele Kanunu'na Göre Mutlak ve Nispi Terör", *İnsan & İnsan*, 2019, 6(20), s. 337-350.
- Türk, Hikmet Sami, *Terörizmle Mücadelenin Hukuki Boyutları*, Yetkin Yayınları, 2012.
- Tzu, Sun. *Savaş Sanatı*. (Barış Satılmış, Çev.) İstanbul: İndigo Yayıncılık, 2020.
- Warner, Michael. (2002). *Wanted: A Definition of Intelligence*. 04 24, 2023 tarihinde Studies in Intelligence: <https://www.cia.gov/static/72b2d4c0d01e4e05c60ff7d37fdd68b1/Wanted-Definition-of-Intel.pdf> adresinden alındı
- Webster, Noah. *Webster's new twentieth century dictionary of the english language*. New York: The World Publishing Company, 1956.
- Wilkinson, Paul. *Terrorism versus Democracy: The Liberal State Response*. Londra: Routledge, 2006.
- Yıldırım, Zeki. *Türk Hukukunda Terörizmin Finansmanı Suçu ve Malvarlıklarını Dondurma*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2013.
- Yılmaz, Sait. *Terör ve Türkiye*. İstanbul: Kum Saati Yayınları, 2011.
- Zedner, Lucia. *Security*. New York: Routledge, 2009.
- Zegart, Amy B., "An Empirical Analysis of Failed Intelligence Reforms before September 11", *Political Science Quarterly*, 121(1), 2006, s. 33-60.
- "Başkanlığımız", <https://www.egm.gov.tr/istihbarat/baskanligimizgiris>.
- "Counter-terrorism", 02 04, 2023, <https://dpmc.govt.nz/our-programmes/national-security-andintelligence/counter-terrorism>.
- "Emniyetten Kritik Operasyon: DEAŞ'ın Kilit İsmi İstanbul'da Yakalandı", 2023, <https://www.cnnturk.com/turkiye/emniyetten-kritik-operasyon-deasin-kilit-ismi-istanbulda-yakalandi>
- "Görev Yetki ve Sorumluluklarımız", <https://www.egm.gov.tr/istihbarat/gorev-yetki-ve-sorumluluklarimiz>.
- "Güncel Türkçe Sözlük", [www.tdk.gov.tr](http://www.tdk.gov.tr).
- "İstihbarat Başkanlığı", <https://www.jandarma.gov.tr/istihbarat-baskanligi>.
- "İstihbaratın Tarihçesi", 16 03, 2013, <http://www.mit.gov.tr/tarihce/giris.html>.
- "JOPER Tabur Komutanlıkları", <https://www.jandarma.gov.tr/joak/joper-tabur-komutanliklari>
- "MİT, PKK'nın Irak İstihbarat Sorumlusunu Etkisiz Hale Getirdi", 2023, <https://www.iha.com.tr/haber-mit-pkknin-irak-istihbarat-sorumlusunu-etkisiz-hale-getirdi-1182454>.
- "SİHA Destekli MİİT Operasyonları Terör Örgütlerine Darbe Vurdu", 2023, <https://www.trthaber.com/haber/gundem/siha-destekli-mit-operasyonlari-teror-orgutlerine-darbe-vurdu-767084.html>.
- "Terörle Mücadele", 24 04, 2023, <https://www.avrupa.info.tr/tr/terorle-mucadele>.
- "Türkiye'de OHAL sona erdi", <https://www.aa.com.tr/tr/gunun-basliklari/turkiyede-ohal-sona-erdi/1208010>.

“Türkiye’nin Uluslararası Toplumun Terörle Mücadele Çabalarına Katkıları”, [https://www.mfa.gov.tr/turkiye\\_nin-uluslararasi-toplumun-terorle-mucadele-cabalarina-katkilari.tr.mfa](https://www.mfa.gov.tr/turkiye_nin-uluslararasi-toplumun-terorle-mucadele-cabalarina-katkilari.tr.mfa).

“Wanted: A Definition of ‘Intelligence’”, 01 07, 2002, <https://www.cia.gov/static/72b2d4c0d01e4e05c60ff7d37fdd68b1/Wanted-Definition-of-Intel.pdf>.

# KONKORDATONUN TASDİKİ SÜRECİNDE GEREKÇELİ RAPORUN TEVDİİ VE TASDİK KARARI VERİLMESİ BAKIMINDAN ÖNGÖRÜLMÜŞ SÜRELERE UYULMAMASININ SONUÇLARI

## CONSEQUENCES OF NON-COMPLIANCE WITH THE PEREMPTORY TERMS FORESEEN FOR DELIVERY OF THE REASONED REPORT AND MAKING A DECISION IN THE APPROVAL PROCESS OF THE CONCORDAT

Emsalgül Doğan\*

### ÖZ

Çalışmada, konkordatonun tasdiki sürecinde dosya ve gerekçeli raporun tevdi ile tasdik talebine ilişkin karar verilmesi bakımından öngörülmuş kesin sürele uyulmamasının sonuçları incelenecektir. Bu bağlamda makale iki başlığa ayrılmıştır. İlk başlığın konusunu, İcra ve İflas Kanunu'nda komiser için öngörülmuş bir süreye uymamanın sonucu oluşturmaktadır. Bu başlık altında konkordato dosyası ve gerekçeli raporunu, iltihak süresinin bitmesinden itibaren yedi gün içinde vermesi gerektiği öngörülmuş komiserin, söz konusu süreye riayet etmemesi halinde mahkemenin nasıl bir yol izleyeceği, doktrindeki görüşler ve Yargıtay kararları ışığında irdelenecektir. Ardından, çeşitli ihtimaller dahilinde bir çözümlenmeye varılacaktır. Çalışmada ikinci başlığın konusunu ise mahkemenin tasdik talebine ilişkin karar verme süresine uymamasının sonucu oluşturmaktadır. Bu başlık altında öncelikle Yargıtay'ın konuya ilişkin önem arz eden güncel kararlarına yer verilecektir. Kararlar tahlil edildikten sonra sorun ortaya konulacak ve bu sorunu çözmek için konkordatonun mahkemede incelenme süresine ilişkin düzenlemelerin tarihsel sürecine bakılacaktır. Nihayetinde konu; bu tarihsel süreç, doktrin görüşleri, Yargıtay kararlarının hareket noktası, konkordato kurumunun amaç ve nitelikleri de gözetilerek çeşitli ihtimallere göre çözüme bağlanmaya çalışılacaktır.

**Anahtar Kelimeler:** Konkordatonun Tasdiki Yargılaması, Kesin Mühlet, Tasdik Kararı, Kesin Süre, Gerekçeli Rapor.

\* Arş. Gör. Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku Ana Bilim Dalı.

0000-0003-4509-8032 | emsalguldogan@gmail.com

*Bu makale 24-26 Mayıs 2023 tarihleri arasında Ondokuz Mayıs Üniversitesi ev sahipliğinde çevrimiçi olarak gerçekleştirilen 9. Uluslararası Asos Hukuk Sempozyumu'nda sunulan "Konkordatonun Tasdiki Sürecinde Yargı Görevlileri İçin Öngörülmiş Kesin Sürelere Uyulmamasının Sonuçları" başlıklı bildirdiden üretilmiştir.*



Bu eser Creative Commons Alıntı-Gayri Ticari-Türetilemez 4.0 Uluslararası Lisansı ile lisanslanmıştır. This work is licensed under a Creative Commons Attribution-NonCommercial-NoDerivatives 4.0 International License.

## ABSTRACT

In this study, the consequences of not complying with the peremptory terms foreseen for depositing the file and reasoned report and making a decision on the request for confirmation during the approval process of the concordat will be examined. In this context, the article is divided into two parts. The subject of the first part is the result of not complying with a term stipulated for the commissioner in the EBL. In this part, the composition with creditors file and the reasoned report will be examined in the light of the opinions suggested in doctrine and the decisions of the Court of Cassation. Then, an analysis will be reached in the context of various possibilities. The subject of the second part in the study is the result of the court's failure to comply with the decision-making term regarding the approval request. In this part, firstly, the current important decisions of the Court of Cassation will be analyzed and the problem will be asserted. Secondly, in order to solve this problem, the historical process of the regulations regarding the examination period of composition with creditors will be examined. Ultimately, by examining and evaluating the historical process, views in the doctrine, the starting point of the decisions of Court of Cassation and the purpose and characteristics of the institution that is composition with creditors, the subject of this study will try to be resolved according to various possibilities.

**Keywords:** Concordat Confirmation Trial, Final Respite, Confirmation Decision, Peremptory Term, Reasoned Report.

## GİRİŞ

Konkordato, vadesi geldiği halde borçlarını ödeyemeyen veya ödeyememe tehlikesi altında olan bir borçlunun, mevcut halinin iyileştirilebilmesini sağlayan hukuki bir imkândır (İcra ve İflâs Kanunu<sup>1</sup> m. 285/1). Bu durumdaki bir borçlu, konkordato talebinde bulunabilir. Talebi alan mahkeme, talebe eklenmesi gereken belgelerin varlığını tespit etmesi halinde derhal geçici mühlet kararı verir (İİK m. 287/1; m. 286)<sup>2</sup>. Keza borçlu hakkında konkordato talebi, iflâs talebinde bulunabilecek alacaklılardan da gelebilir (İİK m. 285/2). Bu halde geçici mühlet kararı verilebilmesi için, borçlu tarafından ilgili belge ve kayıtların mahkemeye verilecek süre içinde eksiksiz olarak mahkemeye sunulması gerekir (İİK m. 287/2).

<sup>1</sup> RG. 19.06.1932, S. 2128.

<sup>2</sup> Geçici mühlet kararı verilmesi bakımından doktrinde şekli bir inceleme yapılmasının yeterli olduğu ifade edilse de ayrık görüşler de vardır. Şekli bir incelemenin yeterli olduğuna ilişkin görüş için bkz. Sümer Altay ve Ali Eskiocak, *Konkordato ve Yeniden Yapılanma Hukuku*, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2018, s. 50; Serhat Sarısözen, *İcra-İflâs ve Konkordato Hukukundaki Yenilikler*, Ankara: Yetkin Yayınları, 2019, s. 123; Serhat Sarısözen, “Geçici ve Kesin Mühlet Kararı”, *7101 sayılı Kanun Çerçevesinde Konkordato MİHBİR 16. Antalya Toplantısı*, Ankara: Adalet Bakanlığı Yayınları, 2019, s. 48; Serhat Sarısözen, *Konkordato*, Ankara: Yetkin Yayınları, 2021, s. 206, 208; Hakan Pekcanitez, Oğuz Atalay, Meral Sungurtekin Özkan ve Muhammet Özkes, *İcra ve İflâs Hukuku Ders Kitabı*, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2022, s. 505; Muhammet Özkes, “Konkordatoya Başvuru ve Geçici Mühlet Kararı”, *7101 sayılı Kanunla Konkordato ve Elektronik Tebligat Konularında Getirilen Yenilikler*, Editör: Muhammet Özkes, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2018, s. 49-50, 61, 65, 71, 72; Müjgan Tunç Yücel, *Konkordato Mühletinin Alacaklılar Bakımından Sonuçları*, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2020, s. 23-24; Barış Toraman, “Konkordato Müessesesi Hakkında 7101 Sayılı Kanunla Getirilen Yeniliklerin Kanun Yollarına İlişkin Hükümleri Bakımından Değerlendirilmesi”, *7101 sayılı Kanun Çerçevesinde Konkordato MİHBİR 16. Antalya Toplantısı*, Ankara: Adalet Bakanlığı Yayınları, 2019, s. 213; Oğuz Atalay, “Konkordato Reformu Hakkında Değerlendirmeler”, *7101 sayılı Kanunla Konkordato ve Elektronik Tebligat Konularında Getirilen Yenilikler*, Editör: Muhammet Özkes, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2018, s. 126-127; Mert Namlı, “Türk ve İsviçre Hukukunda Gerçekleştirilen Reformların Konkordato Hukuku Bakımından Getirdiği Değişiklikler”, *Yargıtay Dergisi*, Cilt 44 / Sayı 4 (Ekim 2018), s. 1504; Cemal Fazıl Karakaş, “Konkordato Başvurusu ve Başvuruya Eklenecek Belgeler”, *7101 sayılı Kanun Çerçevesinde Konkordato MİHBİR 16. Antalya Toplantısı*, Ankara: Adalet Bakanlığı Yayınları, 2019, s. 40; Rukiye Duran, “Konkordato Mühletinin Uzatılması”, *Akademik Yaklaşımlar Dergisi*, Cilt 10 / Sayı 1 (İlkbahar 2019), s. 60; Efrail Aydemir, *Konkordato ve Yeniden Yapılandırma*, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2019, s. 37; Orhan Eroğlu, *Uygulamada Konkordato*, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2023, s. 80; Cemil Simil, *Konkordatoda Mühletin Borçlu Bakımından Sonuçları*, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2020, s. 43-44; Rukiye Duran, *Konkordato Mühleti ve Alacaklılar Bakımından Sonuçları*, Ankara: Yetkin Yayınları, 2020, s. 78.

“İİK.nun 7101 sayılı yasanın 15.maddesi ile değişik 287. Maddesi gereğince, ilk derece mahkemesi, konkordato talebi üzerine İİK.'nun 286.maddesinde belirtilen belgelerin eksiksiz olarak sunulduğunun tespiti halinde geçici mühlet kararı vererek 297/2.maddesindeki hâller de dahil olmak üzere, borçlunun malvarlığının muhafazası için gerekli gördüğü bütün tedbirleri alır. Davacı tarafın, dava dilekçesi ekinde ve sonrasında İİK.nun 286.maddesinde sayılan belgeleri mahkemeye sunduğu anlaşılmaktadır. Mahkemenin kabulü de bu yönde olup zaten eksik belge olup olmadığı hususunda tartışma da bulunmamaktadır. Öyle ise mahkemeye 287.madde gereğince geçici mühlet kararı verilerek borçlunun malvarlığının muhafazası için gerekli gördüğü bütün tedbirleri alması gerekirken bu yasal zorunluluğu atlayarak doğrudan sonuca gidecek şekilde alınan bilirkişi raporu ile yazılı şekilde hüküm kurulması doğru olmamıştır” (İSTANBUL BÂM 17. HD, T. 18.10.2018, 2018/1828 E., 2018/1624 K.: e uyar.com). Geçici mühlet kararı verilmesinde şekli bir incelemenin yeterli olmadığı; projenin, tasdik edileceği veya borçlunun mali durumunu iyileştireceği yönünde kanaat uyandırması gerektiğine dair görüş için bkz. Hakan Pekcanitez ve Güray Erdönmez, *7101 sayılı Kanun Çerçevesinde Konkordato*, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2018, s. 24; Hakan Pekcanitez ve Güray Erdönmez, “7101 Sayılı Kanunla Yürürlüğe Giren Konkordato Hükümlerinin Değerlendirilmesi”, *Bankacılar Dergisi*, Sayı 105 (2018), s. 117; Hakan Pekcanitez, “Tartışmalar”, *7101 sayılı Kanun Çerçevesinde Konkordato MİHBİR 16. Antalya Toplantısı*, Ankara: Adalet Bakanlığı Yayınları, 2019, s. 83.



Geçici mühlet kararıyla birlikte yeteri kadar komiser görevlendirilir (İİK m. 287/3). Geçici mühlet üç ay için verilmekle beraber gerektiği takdirde iki ay daha uzatılabilir (İİK m. 287/4). Geçici mühlet kesin mühletin sonuçlarını doğurur (İİK m. 288/1). Bu bağlamda genel itibarıyla mühlet içinde borçlunun tasarruf yetkisi sınırlanırken, borçluya karşı yapılmış ve yapılacak takipler de engellenir (İİK m. 294 vd.).

Geçici mühlet içinde kesin mühlet kararı verilir (İİK m. 289/1). Kesin mühlet bir yıl için verilmekle birlikte gerektiği halde altı aya kadar uzatılabilir (İİK m. 289/3, m. 289/5)<sup>3</sup>. Burada mahkemenin, her iki mühlet türü için de uzatma kararı verme noktasında takdir hakkı bulunduğu belirtilmelidir. Diğer bir deyişle mahkeme mutlaka mühletin uzatılmasına karar vermek zorunda olmadığı gibi uzatma kararı vermesi durumunda azami uzatım sürelerini (geçici mühlette iki; kesin mühlette altı ay) kullanmakla yükümlü de değildir<sup>4</sup>.

Kesin mühlet içinde alacaklılar alacaklarını bildirir, alacaklılar toplantısı yapılır, alacaklılarca konkordatoya ilişkin itirazlar ileri sürülür. Konkordato komiseri, gerekçeli raporuyla birlikte konkordatoya ilişkin belgeleri yetkili ticaret mahkemesine tevdi eder ve tasdik yargılaması başlar (İİK m. 302/8)<sup>5</sup>. Tasdik yargılamasında re'sen araştırma ilkesi geçerlidir. Dolayısıyla komiserin gerekçeli raporu mahkeme için yol gösterici olsa da bağlayıcı niteliği haiz

<sup>3</sup> Sözü edilen uzatma, güçlük arz eden durumlara özgü komiser veya borçlunun talebi halinde mahkemenin buna ilişkin kararıyla işlerlik kazanabilecek bir yoldur. Kesin mühlet içinde tamamlanması gereken işlemler sekteye uğramış ve tamamlanamamış olabilir. Örneğin alacakların kaydı sırasında yapılan itirazların çokluğu, çekişmeli hale gelen alacakların mahkemeye sunulması ve çoğunluk hesabında dikkate alınıp alınmayacağına ilişkin kararın beklenmesi süreci uzatabilir. Keza komiserin, konkordatoyu hazırlayabilmek için özellikle aktif ve pasifin rayiç değerlerinin belirlenmesi ve değerlendirilmesi yönünden başvurduğu bilirkişi incelemesi yetersiz gelebilir. Bu durumda ek rapor alınması yahut yeni bilirkişi atanması yoluna gidilmesi süreci uzatabilir. Bunun yanı sıra konkordatoya tâbi aktif ve pasifin tespiti noktasında karmaşık alacakların varlığı, başlı başına raporun hazırlanmasını geciktirebilir (Süha Tanrıver, "İflâs Dışı Adi Konkordatoya İlişkin Güncel Sorunlar ve Bazı Değerlendirmeler", *Türk, Alman ve İsviçre Hukukunda İflâs, Konkordato ve Noterlik Alanındaki Gelişmeler MİHBİR 8. Abant Toplantısı*, Ankara: Türkiye Barolar Birliği Yayınları, 2010, s. 266 vd.). Bu bağlamda örneğin teminat mahiyetindeki rehin ve üst sınır ipoteklerinde fiili borç miktarının hesaplanması, borçlu lehine düzenlenen kambiyo senetlerinin rehin cirosuyla alacaklıya devri durumunda düzenleyenin malvarlığının hesabı gibi oldukça zor işlemlerle karşılaşılabilir (Altay ve Eskiocak, *Konkordato ve Yeniden Yapılanma Hukuku*, s. 152, 153). Benzer şekilde yabancılık unsuru içeren hukuki ilişkilerin varlığı, alacaklı ve yatırımcılarla yapılan görüşmelerin uzaması, yapılanma çalışmalarında ilerleme kaydedilmesi, yeni ekonomik kaynakların elde edilmesinin bazı şartların gerçekleşmesine bağlı olması sürecin uzamasına örnek teşkil edebilecek hallerdendir (Duran, *Konkordato Mühleti ve Alacaklılar Bakımından Sonuçları*, s. 153-154). Yine alacaklılar toplantısının, ortak bir toplantı gününün belirlenememesi nedeniyle gecikmesi, mühletin uzatılması sonucunu doğurabilir.

<sup>4</sup> Süha Tanrıver, "Konkordato Mühletinin Uzatılması", *Makalelerim I (1985-2005)*, Ankara: Asil Yayın Dağıtım, 2005, s. 315-316; Serpil Işık, "7101 Sayılı Kanunla Yapılan Değişiklikler Çerçevesinde Adi Konkordatoda Mühletinin Müstakbel Alacaklıların Devri Üzerindeki Etkisi", *MÜHF-HAD*, Cilt 28 / Sayı 1 (Haziran 2022), s. 413; Duran, "Konkordato Mühletinin Uzatılması", s. 66, 67; Eroğlu, *Uygulamada Konkordato*, s. 147, 161; Simil, *Konkordatoda Mühletinin Borçlu Bakımından Sonuçları*, s. 71; Duran, *Konkordato Mühleti ve Alacaklılar Bakımından Sonuçları*, s. 122, 154; Leyla Akyol Aslan, "7101 sayılı Kanunla Yapılan Değişiklikler Çerçevesinde Adi Konkordatoda Borçlunun Doğrudan Doğruya İflâsına Karar Verilebilecek Haller", *MİHDER*, Cilt 15 / Sayı 42 (2019/1), s. 56, dn. 42.

<sup>5</sup> Konkordatonun tasdiki yargılaması hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Emsalgül Doğan, *Konkordatonun Tasdiki Yargılaması*, Ankara: Yetkin Yayınları, 2020, s. 187 vd.

değildir. Bu bakımdan mahkeme, raporda yer alan bilgileri eksik veya yetersiz görürse komiserden ek rapor isteyebilir yahut bilirkişi incelemesi yoluna başvurabilir<sup>6</sup>.

Tasdik yargılamasına ilişkin karar, kesin mühlet içinde verilmelidir (İİK m. 304/1). Ancak yapılan yargılamada kesin mühlet içinde bir karar verilemeyeceği anlaşılırsa; mahkeme, gerekli görürse komiserden gerekçeli bir rapor da alarak, karar verilinceye dek mühlet hükümlerinin devamına hükmedebilir. Bu süre altı ayı geçemez (İİK m. 304/2).

Konkordatonun tasdiki talebine ilişkin verilecek karara uzanan süreç ana hatlarıyla bu şekildedir. Kanun'da süreç boyunca hangi aşamada neler yapılacağına tek tek yer verildiği, bu anlamda süreç içinde, belli bir düzen kurulduğu görölmektedir. Dolayısıyla sürecin işlerliği, bu düzenin bozulmamasına bağlıdır. Bu bakımdan süreç içinde yer alan asliye ticaret mahkemesi hâkimi ve konkordato komiseri, görevleri bakımından gereken özeni göstermelidir. Zira komiser, özellikle 7101 sayılı "İcra ve İflâs Kanunu ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun"<sup>7</sup> ile getirilen yeni konkordato hükümlerinde, projenin tamamlanmasına katkıda bulunan, belli şartlarda süreci sonlandırabilen, süreç içinde aktif rol alan, bu anlamda "mahkemenin uzayan bir kolu" olarak nitelendirilen tarafsız resmi bir görevlidir<sup>8</sup>.

<sup>6</sup> Burhan Gürdoğan, *İflâs Hukuku Dersleri*, Ankara: Ajans-Türk Matbaası, 1966, s. 190-191; Pekcanitez ve Erdönmez, *7101 sayılı Kanun Çerçevesinde Konkordato*, s. 130; Pekcanitez ve Erdönmez, "7101 Sayılı Kanunla Yürürlüğe Giren Konkordato Hükümlerinin Değerlendirilmesi", s. 138; Altay ve Eskiocak, *Konkordato ve Yeniden Yapılanma Hukuku*, s. 285; Talih Uyar, "Konkordatonun Tasdiki", *Ali Güneren'e Armağan*, İstanbul: İstanbul Barosu Yayınları, 2010, s. 121; Gönen Eriş, *Uygulamalı İflâs ve Konkordato Hukuku*, Ankara: Aydın Yayınları, 1991, s. 858; Enver Buruloğlu ve Yuda Reyna, *Konkordato Hukuku ve Tatbikat*, İstanbul: Yörük Matbaası, 1968, s. 68; Süha Tanrıver ve Adnan Deyneklî, *Konkordatonun Tasdiki*, Ankara: Yetkin Yayınları, 1996, s. 118; Süha Tanrıver, *Konkordato Komiseri*, Ankara: Yetkin Yayınları, 1993, s. 227; Süha Tanrıver, "İflâs Dışı Konkordato Bakımından Tasdik Şartı Olarak Teminat", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 44 / Sayı 1-4 (1995), s. 219, 220; Ömer Ulukapı, *Konkordatonun Feshi*, Konya: Mimoza Yayınları, 1998, s. 183-184; Semih Öktemer, "Konkordatoda Teminat Sorunu", *Yargıtay Dergisi*, Cilt 1 (1977), s. 163; Nurhak Baygöl, "İflâs İçi Konkordatoda Teminat", *Prof. Dr. Saim Üstündağ'a Armağan*, Ankara: Adalet Yayınevi, 2009, s. 167-168; Yüksel Hatipoğlu, "Konkordatonun Tasdiki Şartları ve Usule İlişkin Hükümleri", *Adalet Dergisi*, Cilt 92 / Sayı 8 (2001), s. 186. "Konkordato koşullarının somut olay bakımından gerçekleşip gerçekleşmediğinin tespiti özel ve teknik bir bilgiyi gerektirdiğinden, bu konuda uzman kişilerden oluşacak bilirkişi heyetinden rapor alınmalıdır. Bu nedenle alanında uzman bilirkişiler yerine, mahkeme yazı işleri müdürünün bilirkişi kurulunda görevlendirilmesi usul ve yasaya aykırıdır" (Yargıtay 19.HD, T. 05.05.2010, 2010/535 E., 2010/5511 K.: LEXPERA).

<sup>7</sup> RG. 15.03.2018, S. 30361.

<sup>8</sup> İlhan Postacıoğlu, *Konkordato*, İstanbul: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, 1965, s. 68; Necmeddin Berkin, *İflâs Hukukunda Konkordato*, İstanbul: İsmail Akgün Matbaacılık, 1949, s. 48; Necmeddin Berkin, *İflâs Hukuku*, İstanbul: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1972, s. 542; Necmeddin Berkin, *Tatbikatçılara İflâs Hukuku Rehberi*, İstanbul: Filiz Kitabevi, 1980, s. 128; Saim Üstündağ, *İflâs Hukuku İflâs, Konkordato, İptal Davaları*, İstanbul: Fakülteler Matbaası, 2002, s. 209; Eriş, *Uygulamalı İflâs ve Konkordato Hukuku*, s. 805; Ulukapı, *Konkordatonun Feshi*, s. 122-123; Buruloğlu ve Reyna, *Konkordato Hukuku ve Tatbikat*, s. 39; Tunç Yücel, *Konkordato Mühletinin Alacaklılar Bakımından Sonuçları*, s. 64; Yusuf Cahit Çukacı, *Konkordato*, Bursa: Ekin Yayınevi, 2019, s. 125; İbrahim Kaplan, *Yeni Türk Konkordato Hukuku*, Ankara: Yetkin Yayınları, 2019, s. 39; Murat Akdeniz ve Şaban Kayıhan, *Konkordato Hukuku El Kitabı*, İstanbul: Umuttepe Yayınları, 2019, s. 74; Serdar Kale, *Sorularla Konkordato*, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2017, s. 28; Hakan Pekcanitez, "7101 sayılı Kanunla Getirilen Konkordato Hükümlerinin Değerlendirilmesi", *7101 sayılı Kanun Çerçevesinde Konkordato MİHBİR 16. Antalya Toplantısı*, Ankara: Adalet Bakanlığı Yayınları, 2019, s. 163; Pekcanitez ve Erdönmez, *7101 sayılı Kanun Çerçevesinde Konkordato*, s. 71; Tanrıver, *Konkordato Komiseri*, s. 26-28; Süha Tanrıver, "Konkordato Mühletinin Kaldırılması", *Makalelerim I (1985-2005)*, Ankara: Asil Yayın Dağıtım, 2005, s. 319-320; Süha Tanrıver, "4949 sayılı İcra ve İflâs Kanunu'nda Değişiklik

Konkordato sürecinde komiser ve mahkemeye yüklenmiş görevlerden biri de Kanun'un öngördüğü sürelerle riayet etmektir. Bu bağlamda komiser ve mahkeme, süreler konusunda keyfi davranmamalı, gereken özeni göstermelidir. Nitekim sürelerle uyulmaması, süreç içindeki düzenin bozulmasına neden olarak süreci sekteye uğratabilir. Bu da potansiyel bir konkordatonun tasdikine engel olabilir.

## I. KOMİSERİN KONKORDATO DOSYASI VE GEREKÇELİ RAPORUNU MAHKEMEYE SÜRESİNDE TEVDİ ETMEMESİ

Konkordato komiseri, konkordatonun hazırlanmasına ilişkin görevi kapsamında konkordatoya ilişkin tüm belgeleri, kendi görüşünü içeren gerekçeli raporuyla birlikte bir dosya haline getirmeli ve belli bir süre içinde mahkemeye sunmalıdır. Nitekim İİK m. 302/son uyarınca, “Komiser, *iltihak süresinin bitmesinden itibaren en geç yedi gün içinde konkordatoya ilişkin bütün belgeleri, konkordato projesinin kabul edilip edilmediğine ve tasdikinin uygun olup olmadığına dair gerekçeli raporunu mahkemeye tevdi eder*”.

7101 sayılı Kanunla değişiklik yapılmadan önce bu konuda “en geç yedi gün” şeklinde bir süre sınırı öngörülmemiştir. Konkordato dosyası ve komiserin gerekçeli raporunu mahkemeye tevdi etme süresinin sınırını, kesin mühletin bitimi oluşturmaktaydı. Bu bakımdan dosya ve raporun kesin mühletin bitmesinden sonra mahkemeye sunulması halinde, mahkemece ne yönde karar verileceği tartışmalıydı. Bir görüşe göre bu halde, konkordatonun tasdiki talebi

---

Yapılmasına Dair Kanun'un Adi Konkordato İle İlgili Hükümlerde Getirmiş Olduğu Değişikliklerin Tespiti ve Değerlendirilmesi”, *Makalelerim I (1985-2005)*, Ankara: Asil Yayın Dağıtım, 2005, s. 363; Murat Oruç, Özgür Çatıktaş ve Cafer Şuekin, *Hukuki ve Mali Yönleriyle Konkordato*, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2019, s. 17; Murat Atalı, “Konkordatoda Kesin Mühlet ve Sonuçları”, *7101 sayılı Kanunla Konkordato ve Elektronik Tebligat Konularında Getirilen Yenilikler*, Editör: Muhammet Özkes, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2018, s. 94; Talih Uyar, *Yeni Konkordato Hukukumuzun Temel İlkeleri*, Ankara: Bilge Yayınevi, 2019, s. 59-62; Ayhan Akyürek ve Remziye Akyürek, *Konkordato Hukuku*, Ankara: Yetkin Yayınları, 2019, s. 272; Ali Cem Budak ve Müjgan Tunç Yücel, “Madde 290”, *Yeni Konkordato Hukuku 7101 sayılı Kanunla Değişik İcra ve İflâs Kanunu m. 285-309 Şerhi*, Editör: Selçuk Öztekin, Ankara: Adalet Yayınevi, 2018, s. 178; Hakan Albayrak, *İflâs Dışı Adi Konkordatoda Konkordato Mühletinin Sözleşmeler Bakımından Sonuçları*, Ankara: Yetkin Yayınları, 2020, s. 91-92; Cenk Akil, *Sorularla Konkordato Hukuku*, Ankara: Adalet Yayınevi, 2020, s. 121; Sarısözen, *İcra-İflâs ve Konkordato Hukukundaki Yenilikler*, s. 143; Altay ve Eskiocak, *Konkordato ve Yeniden Yapılanma Hukuku*, s. 137; Timuçin Muşul, *İflâs ve Konkordato Hukuku Uzlaşma Yoluyla Yeniden Yapılandırma*, Ankara: Adalet Yayınevi, 2018, s. 374; Murat Atalı, İbrahim Ermenek ve Ersin Erdoğan, *İcra ve İflâs Hukuku*, Ankara: Yetkin Yayınları, 2022, s. 681-682, 684; Ramazan Arslan, Ejder Yılmaz, Sema Taşpınar Ayvaz ve Emel Hanağası, *İcra ve İflâs Hukuku*, Ankara: Yetkin Yayınları, 2021, s. 584; Baki Kuru, *İstinaf Sistemine Göre Yazılmış İcra ve İflâs Hukuku Ders Kitabı*, Ankara: Yetkin Yayınları, 2018, s. 503; Pekcanitez, Atalay, Sungurtekin Özkan ve Özkes, *İcra ve İflâs Hukuku Ders Kitabı*, s. 520 vd.; L. Şanal Görgün, Levent Börü ve Mehmet Kodakoglu, *İcra ve İflâs Hukuku*, Ankara: Yetkin Yayınları, 2022, s. 639. “konkordato komiseri sadece bir denetim ve takdir makamı olmayıp, borçluya nezaret görevi ile donatılmıştır (İİK m.290/II-b, m.297/I). ...'in de belirttiği gibi komiser "... prosedür içerisinde borçlu ile alacaklıları arasında bir anlaşma zemini yaratılmasında ve dolayısıyla konkordatonun meydana gelmesinde etkin rol oynayabilecek, tarafların dışındaki üçüncü bir kişi" konumundadır” (İstanbul BAM 45. HD, T. 08.06.2022, 2021/1710 E., 2022/721 K.: emsal.uyap.gov.tr).

esasa girilmeden reddedilmelidir<sup>9</sup>. Bu durumdan zarar gören ilgililer zararlarını, komiserin sorumluluğu yoluna başvurarak gidermelidir<sup>10</sup>.

Başka bir görüşe göre, dosya ve raporun mühlet bitiminden sonra getirilmesi halinde doğrudan usulden ret kararı verilerek, komiserin hatası gecikmede hiçbir kusuru bulunmayan borçlu ve alacaklılara yükletilmemelidir. Nitekim tasdik edilmiş bir konkordato, borçlunun olduğu kadar alacaklıların da menfaatindedir. Zira bu halde alacaklılar, iflâs sonucuna göre daha iyi durumda olacaktırlar. Konkordato komiseri, tasdik sürecinde borçlu veya alacaklıların temsilcisi olarak değil; tarafsız ve objektif davranması gereken bir kamu görevlisi sıfatıyla yer alır. Komiserin dosya ve raporu mahkemeye sunma görevine bir zaman sınırlaması getirmemek, görevin ihmeline yol açabilir. Bu da tasdik sürecini kesintiye uğratar. Söz konusu görüş ölçüt olarak “makul görülebilecek bir gecikme”yi esas almıştır. Makul görülebilecek gecikme kavramı borçlu ve tasdikte yararı bulunan alacaklılar bakımından şikâyet yoluna başvurularak doldurulmalıdır. Buna göre, borçlu ve tasdikte menfaati olan alacaklılar, mühletin son gününde yaptıkları araştırma sonucu, dosya ve raporun ticaret mahkemesine komiser tarafından tevdi edilmediğini öğrenmeleri halinde, öğrenmeden itibaren yedi gün içinde kanuna aykırılık sebebiyle şikâyet yoluna başvurmalıdır. Bu talebi alan mahkeme, dosya ve raporun sunulması için komiserine uygun bir süre verir. Verilen bu süre içinde komiser dosya ve raporu tevdi ederse, bu durum ticaret mahkemesince “makul görülebilir gecikme” kapsamında sayılarak tasdik

<sup>9</sup> Postacıoğlu, *Konkordato*, s. 89, 90; Berkin, *İflâs Hukuku*, s. 554; Baki Kuru, *İcra ve İflâs Hukuku El Kitabı*, Ankara: Adalet Yayınevi, 2013, s. 1486; Baki Kuru, *İflâs ve Konkordato Hukuku*, İstanbul: Evrim Yayıncılık, 1988, s. 424, 458, dn. 177; Gürdoğan, *İflâs Hukuku Dersleri*, s. 189; Buruloğlu ve Reyna, *Konkordato Hukuku ve Tatbikat*, s. 57; Ulukapı, *Konkordatonun Feshi*, s. 44, dn. 314; Özkan Tikveş, *İçtihatlarla Açıklamalı İcra ve İflâs Kanunu*, İstanbul: Acar Matbaacılık, 1990, s. 311; Kale, *Sorularla Konkordato*, s. 61. Postacıoğlu bu sonucu, mühlet içinde konkordato dosyasının mahkemeye sunulmaması haline öngülemekte ve böylece tevdi bakımından dosya ve gerekçeli rapor arasında bir ayrıma gitmektedir. Buna göre, komiserin mühlet içinde konkordato dosyasını mahkemeye tevdi, tasdik yargılamasında esasa girilmesi için yeterlidir. Gerekçeli rapor ise en geç tasdik için belirlenecek duruşmaya kadar mahkemeye sunulabilir (Postacıoğlu, *Konkordato*, s. 89; Aynı yönde görüş için bkz. Eriş, *Uygulamalı İflâs ve Konkordato Hukuku*, s. 837). Bu bakımdan dosyanın mühlet içinde mahkemeye sunulduğu bir konkordato yargılamasında, mühletin etkileri karar verilene kadar devam eder (Postacıoğlu, *Konkordato*, s. 46). Öte yandan mahkemece belirlenen duruşma gününe kadar gerekçeli raporun tevdi edilmemesi halinde, komiserin sorumluluğuna gidilir (Eriş, *Uygulamalı İflâs ve Konkordato Hukuku*, s. 837). Tevdiin süresi bakımından yapılan bu ayırım, hukuki dayanağı olmadığından bahisle eleştirilmiştir. Buna göre tartışma bağlamında, dosya ve rapor birlikte değerlendirilmelidir (Kuru, *İflâs ve Konkordato Hukuku*, s. 458, dn. 177; Tanrıver, *Konkordato Komiseri*, s. 235-236; Tanrıver ve Deynekli, *Konkordatonun Tasdiki*, s. 63-64; Pekcanitez ve Erdönmez, *7101 sayılı Kanun Çerçevesinde Konkordato*, s. 119; Pekcanitez ve Erdönmez, “7101 Sayılı Kanunla Yürürlüğe Giren Konkordato Hükümlerinin Değerlendirilmesi”, s. 135; Altay ve Eskiocak, *Konkordato ve Yeniden Yapılanma Hukuku*, s. 281-282; Kale, *Sorularla Konkordato*, s. 61). İİK m.302/son ve İİK m.304/1 düzenlemeleri, bu konuda bir ayırım yapmadan tüm belgeler ve raporun beraber getirileceğini öngörmektedir. Dolayısıyla tevdi zamanı bakımından, konkordato dosyası ve gerekçeli rapor arasında bir ayrıma gidilmemesi gerektiği yönündeki görüşün daha isabetli olduğu söylenebilir.

<sup>10</sup> Gürdoğan, *İflâs Hukuku Dersleri*, s. 189; Kale, *Sorularla Konkordato*, s. 61. Kuru vekilin hukuki sorumluluğuna ilişkin hükümlerin komiser hakkında da uygulanması gerektiği görüşündedir (Baki Kuru, *İcra ve İflâs Hukuku*, C.4, İstanbul: Alfa Yayıncılık, 1997, s. 3668). Altay’a göre ise burada haksız fiil hükümlerine başvurulmalıdır (Sümer Altay, *Konkordato ve Yeniden Yapılanma Hukuku*, C.1, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2005, s. 376; Aynı yönde görüş için bkz. Kale, *Sorularla Konkordato*, s. 61). İİK m.290/5 uyarınca komiserin sorumlulukları hakkında iflâs idaresinin sorumluluğunu düzenleyen İİK m.227 uygulama alanı bulacaktır. Dolayısıyla söz konusu tartışmanın bir önemi kalmamıştır.

yargılamasında esasa girilmesi gerekir. Buna karşın verilen sürede tevdi gerçekleşmezse artık ticaret mahkemesince usulden ret kararı verilmelidir<sup>11</sup>.

Keza bu çözüm, herhangi bir şikâyetin olmadığı geç tevdi hallerinde de benimsenmelidir. Tüm bu hallerde gecikmeden kaynaklı zararların giderilmesinde komiserin sorumluluğuna başvurulabilir. Bu noktada gecikmenin tespiti üzerine mahkemece dosya ve raporun sunulması için komisere verilen “uygun süre”ye uyulmuş olması, komiserin sorumluluğunu kaldırmaz<sup>12</sup>.

Yargıtay ise birçok kararında, mühlet bittikten sonra düzenlenen raporların konkordatoya esas alınamayacağına hükmetmekteydi<sup>13</sup>. Öte yandan Yargıtay’ın, komiserin mühlet

<sup>11</sup> Tanrıver, *Konkordato Komiseri*, s. 234-239; Tanrıver ve Deynekli, *Konkordatonun Tasdiki*, s. 61-67. Bu halde mühletin hüküm ve sonuçları, usulden ret kararıyla (yahut belirtilmesi durumunda kararın kesinleşmesiyle) değil; mühletin bitmesiyle sona erer (Tanrıver, *Konkordato Komiseri*, s. 238-239; Tanrıver ve Deynekli, *Konkordatonun Tasdiki*, s. 67). Mühletin bitiminden sonra, önceden başlamış takiplere devam edilebilir: “İİK’nun 287. maddesi hükmüne göre, konkordato talebi uygun görülürse, borçluya iki aylık mühlet verileceği ve konkordato komiserinin teklifi üzerine, bu mühletin iki ayı geçmemek üzere münasip bir süre ile uzatabileceği hükme bağlanmıştır. Dosya kapsamına göre borçluya 28.11.1996 tarihinde iki aylık konkordato mehli verilmiş ve bu mehli, 22.1.1997 tarihinde iki ay daha uzatılmıştır. Bu sürenin bitiminden sonra alacaklı icra takibine devam edebilir. Bu istem dikkate alınarak uyumsuzluğun çözümü gerekirken Çanakkale Asliye Ticaret Mahkemesinde konkordatonun tasdikine ilişkin duruşma yapılması tensip edildiğinden bahis ile şikâyetin kabulüne karar verilmesi isabetsizdir” (Yargıtay 12. HD, T. 29.05.1997, 1997/5443 E., 1997/6344 K.: KBİBB).

<sup>12</sup> Tanrıver, *Konkordato Komiseri*, s. 238, dn. 426, s.239; Tanrıver ve Deynekli, *Konkordatonun Tasdiki*, s. 67, dn. 58, s. 67.

<sup>13</sup> “İcra ve İflas Kanunu’nun 289. maddesinde açıklandığı gibi; konkordato mühleti, rehinli alacaklar müstesna olmak üzere, borçlu aleyhinde hiçbir takip yapılmamasını evvelce başlamış takiplerin durmasını gerektirir. İki aylık süre içinde konkordato için gerekli işlemler tamamlanamadığı takdirde, komiserin teklifi üzerine mühlet iki ayı geçmemek üzere uzatılır. (Mad. 287) Komiser, 291, 297’nci maddelerde açıklanan hükümler çerçevesinde işlerini bitirir ve sonucunu bir raporla belirtir. Komiser, 294 ve 296’ncı maddelere göre hazırladığı bu raporu, ticaret mahkemesine verilmek üzere icra dairesine tevdi eder. Mahkeme, komiseri dinlemek ve 297, 298’inci maddelerde yazılı şartların varlığını araştırmak suretiyle, yapacağı tahkikat sonuçları çerçevesinde kararını verir. Konkordato hazırlıklarının ve bu arada komiser raporunun iki aylık mühlet içinde tamamlanması; mümkün olmaması halinde komiserin konkordato süresinin iki ayı geçmemek üzere uzatılmasını istemesi lazımdır. Konkordato mühleti aşıldıktan sonra tanzim edilen rapor, konkordatoya esas tutulamaz” (Yargıtay 12. HD, T. 27.12.1973, 1973/12322 E., 1973/11834 K.: KBİBB). “İİK’nın 296/1. maddesi uyarınca, konkordato komiserinin toplantı tarihini takip eden 10 gün geçtikten sonra raporunu hazırlayıp, konkordato mühleti içinde Asliye Ticaret Mahkemesine ibrazının gerektiği, konkordato komiserinin mühletin son günü icra mahkemesine bildirim yükümlülüğünü yerine getirdiği, ancak Asliye Ticaret Mahkemesi’ne mühlet bittikten sonra, 05.08.2015 tarihinde başvurduğu, zira Asliye Ticaret Mahkemesi’nin de kararını konkordato mühleti içinde vermesinin gerektiği, buna göre konkordato mühleti bittiğinden konkordatonun tasdikinin mümkün olmadığı gerekçesiyle, konkordatonun tasdik edilmemesine karar verilmiştir./Kararı, davacı borçlu temsilcisi temyiz etmiştir... tüm temyiz itirazlarının reddiyle usul ve kanuna uygun bulunan hükmün ONANMASINA...” (Yargıtay 23. HD, T. 26.02.2018, 2015/8667 E., 2018/547 K.: <karararama.yargitay.gov.tr> Aynı yönde Yargıtay kararları için bkz. Yargıtay 19. HD, T. 24.06.2004, 2003/8825 E., 2004/7619 K.: e-uyar.com; Yargıtay 11. HD, T. 26.03.1990, 1990/1184 E., 1990/2590 K.: Eriş, *Uygulamalı İflâs ve Konkordato Hukuku*, s. 842-843; Yargıtay 11. HD, T. 25.12.1989, 1989/8872 E., 1989/7469 K.: Eriş, *Uygulamalı İflâs ve Konkordato Hukuku*, s. 842; Yargıtay İİD, T. 04.04.1964, 1964/2859 E., 1964/4379 K.: Buruloğlu ve Reyna, *Konkordato Hukuku ve Tatbikat*, s. 235; Yargıtay 11. HD, T. 26.03.1990, 1990/1184 E., 1990/2590 K.: Eriş, *Uygulamalı İflâs ve Konkordato Hukuku*,



içinde raporunu düzenlememesinin, mahkemece konkordatonun tasdikine ilişkin karar verilmesine engel olmayacağına yönelik kararı da bulunmaktaydı<sup>14</sup>. Dolayısıyla konuya ilişkin net bir görüş benimsediğinden söz edilemezdi.

7101 sayılı Kanunla yapılan değişiklik sonrasında söz konusu tartışmanın özü, mühlet içinde fakat öngörülen yedi günlük süre geçtikten sonra yapılan tevdilerin akıbeti noktasına evrilmiştir. Buna göre bir görüş, yeni düzenlemede öngörülen yedi günlük süre geçtikten sonra yapılan tevdilerde mahkemenin usulden ret kararı vermesi gerektiğini savunmaktadır. Zira kanunda konkordato süreci için öngörülen süreler kesindir ve bu süreler komiser, borçlu ve alacaklılar riayet etmelidir. Aksi tutum zamanla sürelerin dikkate alınmaması tehlikesini doğurabilir<sup>15</sup>.

Diğer görüşe göre, dosya ve raporun öngörülen yedi günlük süre içinde getirilmediği gerekçesiyle tasdik talebinin usulden reddi ağır bir sonuçtur. Bu bakımdan en doğrusu, tevdii için komiser mühlet içinde olmak şartıyla ek bir kesin süre verilmesidir<sup>16</sup>. Öte yandan mühletten sonra dosya ve rapor önüne gelen mahkeme, konkordatonun tasdiki talebini usulden reddetmelidir<sup>17</sup>.

Mevcut düzenlemeler ışığında konu birkaç yönden incelenmelidir. Öncelikle burada komiserin sorumluluğuna gitme fikri değerlendirilmelidir. Komiserin sorumlulukları hakkında iflâs idaresinin sorumluluğunu düzenleyen hükümlere atıf yapılmıştır (İİK m. 290/5)<sup>18</sup>. Buna göre komiser, kusurlarından ileri gelen zararlarından sorumludur<sup>19</sup>. Ayrıca Türk Ceza

s. 874; Yargıtay 11. HD, T. 16.04.1990, 1990/2722 E., 1990/3970 K.: Eriş, *Uygulamalı İflâs ve Konkordato Hukuku*, s. 875.

<sup>14</sup> “İİK.nun 289 uncu maddesinde açıklandığı gibi konkordato mühleti içerisinde takip yapılamaz. Başlamış takipler de durur. Komiserin mehil içinde raporunu tanzim edememesi mahkemece 298 inci maddesi gereğince karar verilmesine engel bulunmamıştır. Mühletin bitmiş olması 289 uncu maddedeki yasakları kaldırır. Bu duruma rağmen, 287 nci maddenin son fıkrasına göre mehil uzatılmadığından ve iki aylık süre içinde komiser raporunu vermediğinden bahisle evrak üzerinde tasdik isteğinin etkisiz ret olunması isabetsizdir” (Yargıtay 12. HD, T. 25.12.1987, 1987/4397 E., 1987/13679 K.: Eriş, *Uygulamalı İflâs ve Konkordato Hukuku*, s. 866).

<sup>15</sup> Pekcanitez ve Erdönmez, *7101 sayılı Kanun Çerçevesinde Konkordato*, s. 119.

<sup>16</sup> Altay ve Eskiocak, *Konkordato ve Yeniden Yapılanma Hukuku*, s. 282, Sarisözen, *İcra-İflâs ve Konkordato Hukukundaki Yenilikler*, s. 213; Sarisözen, *Konkordato*, s. 495; Akil, *Sorularla Konkordato Hukuku*, s. 242. Öztekin / Tunç Yücel ise eserlerinde bu konuda ek bir kesin süreden söz etmemekle birlikte, konkordato dosyası ve gerekçeli raporun kesin mühlet içinde mahkemeye sunulması gerektiğini ifade etmişlerdir. Buna göre kesin mühlet içinde dosya ve raporun sunulmaması halinde, mühletin etkileri kendiliğinden sona erer ve mahkemece bu nedenle tasdik talebi reddedilir. Bu durumda komiserin hukuki sorumluluğuna gidilir (Selçuk Öztekin ve Müjgan Tunç Yücel, “Madde 302”, *Yeni Konkordato Hukuku 7101 sayılı Kanunla Değişik İcra ve İflâs Kanunu m. 285-309 Şerhi*, Editör: Selçuk Öztekin, Ankara: Adalet Yayınevi, 2018, s. 346).

<sup>17</sup> Altay ve Eskiocak, *Konkordato ve Yeniden Yapılanma Hukuku*, s. 292. Sarisözen ise komiserin nihayetinde mühlet içinde dosya ve raporu mahkemeye sunmaması durumunda, tasdik talebinin esastan reddedileceğini belirtmiştir. Bu halde komiser, borçlunun uğradığı zarardan genel hükümler dairesinde sorumlu olur (Sarisözen, *İcra-İflâs ve Konkordato Hukukundaki Yenilikler*, s. 213).

<sup>18</sup> İlgili atıf İİK m. 227'nin 4 ve 5. fıkralarına yapılmıştır. Oysa İİK m. 227/2 mülga olduğundan söz konusu atıf hükmünün “Komiserin sorumlulukları hakkında 227 nci maddenin üçüncü ve dördüncü fıkrası hükümleri uygulanır” şeklinde düzenlenmesi yerinde olacaktır.

<sup>19</sup> Öte yandan doktrinde konkordato komiserinin hukuki sorumluluğu bakımından, icra ve iflâs dairesi görevlilerinin kusurlarından kaynaklanan zararlarda devletin sorumluluğunu doğuran İİK m. 5'in uygulanmasının

Kanunu<sup>20</sup>'nun uygulanmasında memur sayılır. Bu çerçevede komiserin hukuki sorumluluğu, özel hukuktan kaynaklanan kişisel bir sorumluluktur. Bu bakımdan komiserin sorumluluğu hükümlerine başvurmak, işlevsel olmayabilir. Zira özellikle yüksek meblağlı zararlar ortaya çıkması halinde, komiser bu zararları karşılayamayabilir. Dolayısıyla burada salt komiserin ihmali, tasdik talebinin usulden reddi sonucunu doğurmamalıdır<sup>21</sup>.

Kanunda geçen “en geç yedi gün”lük sürenin, mühlet içindeki kapsamı belirlenmelidir. Projenin hazırlanmasının, alacakların bildirilip incelenmesinin zaman aldığı konkordato dosyalarında alacaklılar toplanması gecikebilir. Nihayetinde de söz konusu yedi günlük süre, kesin mühletin bitmesinden sonraya sarkabilir. Bu gibi durumlarda İİK m. 289/5'in sunduğu imkân, komisere adeta bir çıkış kapısı aralamaktadır. Buna göre; “*Güçlük arz eden özel durumlarda kesin mühlet, komiserin bu durumu açıklayan gerekçeli raporu ve talebi üzerine mahkemece altı aya kadar uzatılabilir*”. Söz konusu düzenlemenin öngördüğü bu yol, bilinçli bir komisere elinde olmayan sebeplere dayanarak başvurması için tanınmış, istisnai durumlara özgü bir yoldur<sup>22</sup>.

Öte yandan elbette konkordato borçlusu ve konkordatonun tasdikinde menfaati olan alacaklılara, dosya ve gerekçeli raporunu süresi içinde tevdi etmeyen komiser hakkında şikâyet yoluna başvurma hakkı verilmelidir (İİK m. 290,3). Böylece süre geçtikten sonra yapılan tevdilere dayalı konkordato talebinin doğrudan usulden reddi sonucu engellenmiş olur.

Keza böyle bir şikâyetin vuku bulmadığı dosyalarda da komiserce yapılan geç tevdilerde, borçlu ve alacaklılara tanınan bu başvurma hakkından hareket edilmelidir. Buna göre, Kanun'da öngörülen yedi gün geçtikten sonra yapılan tevdilere mühlet içinde olmak kaydıyla izin verilmelidir. Aksi durum sürecin akıbetinin tamamen komisere bırakılması gibi bir anlama gelebilir. Bu ise konkordatonun amacı ve niteliğine aykırı bir sonuç olur.

Konkordatonun tasdiki sürecinin, yalnızca borçlu ve alacaklıları değil, kamu düzenini de ilgilendiren bir yönü vardır. Bu yönüyle tasdik süreci, bu sürecin bir parçası olan dosya ve raporun süresinde tevdi edilmemesi de dahil olmak üzere, süreci sekteye uğratabilecek hususların mahkemece re'sen bertaraf edilmesine yönelik düzenlemelere kavuşturulmalıdır<sup>23</sup>. Bu bağlamda ticaret mahkemesinin önüne gelen her konkordato talebi özelinde mühletin

daha doğru olacağı ifade edilmiştir (Pekcanitez, Atalay, Sungurtekin Özkan ve Özekes, *İcra ve İflâs Hukuku Ders Kitabı*, s. 522). Benzer şekilde bir görüş de komiserin sorumluluğu bakımından iflâs idaresinin sorumluluğuna yapılan atfın isabetsiz olduğunu savunmaktadır. Zira buna göre iflâs idaresi birinci alacaklılar toplantısında alacaklıların belirlediği altı aday arasından seçilmektedir ve süreç içindeki fonksiyonu esasen alacaklıların menfaatlerini korumaktır. Ayrıca iflâs idaresinin kendisini atayan icra mahkemesi ile de sıkı bir ilişkisi bulunmamaktadır. Öte yandan konkordato komiseri kendisini atayan asliye ticaret mahkemesiyle sıkı bir ilişki içindedir. Yine komiserin göreve gelmesinde borçlu yahut alacaklıların bir etkisi yoktur ve komiser, süreç boyunca borçlu, alacaklı ve kamunun menfaatini eşit şekilde gözetmekle yükümlüdür. Bu gerekçelerle ilgili görüş, komiserin hukuki sorumluluğu bakımından bilirkişinin sorumluluğunu düzenleyen HMK m. 285'e atıf yapılmasının daha uygun olacağını ifade etmiştir (Atalı, Ermenek ve Erdoğan, *İcra ve İflâs Hukuku*, s. 684).

<sup>20</sup> RG. 12.10.2004, S. 25611.

<sup>21</sup> Doğan, *Konkordatonun Tasdiki Yargılaması*, s. 219-220.

<sup>22</sup> Doğan, *Konkordatonun Tasdiki Yargılaması*, s. 220.

<sup>23</sup> Sema Taşpınar Ayvaz, “İcra ve İflâs Hukukunda Hükümsüz İşlemler ve Hükümsüzlük”, *Prof. Dr. Ramazan Arslan'a Armağan, C. 2*, Editörler: Emel Hanağası ve Mustafa Göksu, Ankara: Yetkin Yayınları, 2015, s. 1550.



bitiminden uygun bir süre öncesinde (örneğin bir hafta) dosya ve raporun komiser tarafından mahkemeye tevdi edilip edilmediğini kontrol etmesi, bu kontrol neticesinde tevdiin gerçekleşmediğini gördüğü durumlarda komiseri bu konuda uyarması gerektiğine dair bir düzenlemeye gidilmesi düşünülebilir. Nitekim kesin mühlet hak düşürücü bir süre olduğundan, bu sürenin takibi noktasında mahkemeye böyle bir görev yüklenebilir. Nihayetinde mühlet bittikten sonra gerçekleşen tevdilerde artık tasdik talebi mahkemece usulden reddedilmelidir<sup>24</sup>.

Öte yandan çalışmada bir sonraki başlık altında detaylı bir şekilde inceleneceği gibi, uygulamada mahkemeler; değil komiserin raporunu takip etmek, mühlet bitmesine rağmen tasdik yargılamasına devam edip karar verebilmektedir. Bu husus ise, sürenin bitmesi gözetilerek, mühletin sonuçlarının devam edip etmeyeceği, buna bağlı olarak da tasdik kararının geçerliliğine dair bir problem doğurmaktadır.

Öncelikle şu iki meselenin birbirinden ayırt edilmesi gerekmektedir. Konkordato dosyası ve gerekçeli raporun mahkemeye sunulma süresi ayrı bir sorun, mahkemenin tasdik talebine ilişkin karar verme süresi ayrı bir sorundur.

Tüm bu açıklanan gerekçelerle şu sonuçlara varılabilir:

- Borçlu veya komiserin İİK m. 289/5 uyarınca kesin mühletin uzatılmasına ilişkin bir talebi olmamış ve kesin mühlet bitmiş, daha sonra dosya ve rapor mahkemeye sunulmuş ise; konkordato talebinin usulden reddi gerekir. Zira talep olmadan İİK m. 289/5'in mahkemece re'sen kullanılması mümkün değildir. İİK m. 304/2 uyarınca sürenin uzatılması için ise mahkemenin yargılamaya başlamış olması ve bu yargılama esnasında mühlet içinde karar veremeyeceğini anlamış olması gerekir. Dolayısıyla İİK m. 304/2'ye göre sürenin uzatılması, gerekçeli raporla birlikte mühlet içinde mahkeme önüne gelmiş konkordato dosyaları için geçerlidir.
- Varılan bu sonuç, dosya ve raporun mühlet içinde mahkemeye hiç sunulmamış olmasına özgüdür. Dosya ve gerekçeli bir rapor mühlet içinde bir şekilde mahkemeye sunulmuş, mahkemece yargılamaya başlanmış ve yapılan incelemede raporda bir eksiklik yahut hata görülmüş ise elbette bu eksikliğin tamamlanması yahut hatanın giderilmesi yargılama kapsamında sayılacağından, İİK m. 304/2'nin uygulanabilmesi mümkündür.

## II. MAHKEMENİN TASDİK TALEBİNE İLİŞKİN SÜRESİNDE KARAR VERMEMESİ

### A. GENEL OLARAK

Mahkeme, komiserin gerekçeli raporunu içeren konkordato dosyasının önüne gelmesiyle tasdik incelemesine başlamalı, kısa bir süre içinde komiseri dinlemeli ve nihayetinde mühlet içinde kararını vermelidir. Karar vermek için bir duruşma günü belirlemelidir (İİK m. 304/1).

<sup>24</sup> Doğan, *Konkordatonun Tasdiki Yargılaması*, s. 221.

“Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanun<sup>25</sup>”un 5. maddesinin 3. fıkrasına göre; dava değerine bakılmaksızın konkordatodan kaynaklanan iş ve davalarda, tüm yargılama süreci bir başkan ve iki üye ile toplanacak heyet tarafından yürütülür.

Toplu mahkemelerde kararın bir tartışma ortamı içinde verilmesi, ilgililere güvenceli adalet sağlar. Öte yandan yargılamanın heyet halinde görülmesinin yargılamayı uzatıcı etkisi yadsınamaz<sup>26</sup>. Özellikle üyelerin hastalık, izin vb. mazeretler nedeniyle bir araya gelememesi duruşma gününün ertelenmesine sebebiyet verebilir. Bunun dışında duruşmaların yoğunluğu, değerlendirilmesi gereken itirazların çokluğu, komiser raporlarının yetersiz olmasından kaynaklı ek rapor alınması yahut bilirkişi incelemesine başvurulması gerekliliği gibi sebepler de mahkemenin karar vermesini geciktirebilir. Burada adli tatilin yargılamayı geciktirebilecek bir etken olmadığı belirtilmelidir. Zira konkordatonun tasdiki bir çekişmesiz yargı işidir (Hukuk Muhakemeleri Kanunu<sup>27</sup> m. 382/2-f-7) ve çekişmesiz yargı işlerinde adli tatil hükümleri uygulanmaz (HMK m. 103/1-ğ).

Sürecin gecikmemesi ve sekteye uğramaması için duruşma gününün en uygun zamana verilmesi, dosya ve raporun duruşma öncesinde okunmuş, irdelenmiş olması gerekir. Bunun gibi, raporların yetersizliği komiserin kusurundan kaynaklanmaktaysa sürecin selameti bakımından kusurlu komiser azledilerek yeni komiser atanması yoluna gidilebilir. Mahkeme; konkordato dosyasına tam anlamıyla hâkim olmalı, sürecin takibini bırakmamalı ve kararın verilmesinin gecikme ihtimali taşıdığı hallerde yargılamanın uzatılması imkânını kullanarak sürece müdahale etmelidir. Nitekim sürecin doğru yönetimi, yargılamanın sevk ve idaresi hâkimlere yüklenmiş ödevlerdendir (HMK m. 32, m. 183/A/4). Öte yandan sürecin bu şekilde işlemediği hallerde aksaklık, ilgililerin durumu, konkordato kurumunun amacı ve niteliği de göz önünde bulundurularak giderilmeye çalışılmalıdır.

## B. KONUYA İLİŞKİN YARGI KARARLARI

Bu başlık altında Yargıtay’ın konuyla bağlantılı verdiği üç kararı kronolojik olarak inceleyeceğiz.

Bu bağlamda ilk karar, Yargıtay 6. Hukuk Dairesi’nin 2021/5708 Esas Numaralı, 2022/714 Karar Numaralı, 10.02.2022 tarihli kararıdır.

Karara konu olayda ilk derece mahkemesi kesin mühlet bittikten sonra konkordato projesinin tasdiki kararı vermiştir.

Bu karara karşı istinaf yoluna başvurulması üzerine, Ankara Bölge Adliye Mahkemesi (BAM) 23. Hukuk Dairesi tarafından “*ilk derece mahkemesince, duruşmanın kesin mühletin dolduğu tarihten sonrasına bırakılması ve kesin mühletin bitiminden sonra tasdik kararı*

<sup>25</sup> RG. 07.10.2004, S. 25606.

<sup>26</sup> Arslan, Yılmaz, Taşpınar Ayvaz ve Hanağası, *Medeni Usul Hukuku*, s. 106; Tanrıver, *Medeni Usul Hukuku, C. I*, s. 105; Ramazan Arslan ve Süha Tanrıver, *Yargı Örgütü Hukuku Ders Kitabı*, Ankara: Yetkin Yayınları, 2021, s. 39.

<sup>27</sup> RG. 04.02.2011, S. 27836.

*verilmesinin doğru olmadığı belirtilerek, ilk derece kararının düzeltilip yeniden esas hakkında karar verilmesi ile konkordato istemlerinin usulden reddine” karar verilmiştir.*

Karar temyiz edilmiştir. Bunun üzerine Yargıtay şu gerekçelerle kararı bozmuştur:

“304. maddenin 1. fıkrası düzenleyici bir hüküm içermekte olup, bu hükme bir sonuç bağlanmamıştır. Kaldı ki ikinci fıkrada kesin mühlet içinde bir karar verilemeyeceğinin anlaşılması halinde hâkime 6 aylık bir mühlet tanınmıştır. Kanun koyucu abesle işğal etmez. Kesin mühlet içinde konkordato konusunda karar verilmemesi haline bir sonuç bağlanacaksa bu hükmün kanuna dercedilmesi gerekir. Ayrıca bir sonraki fıkrada hâkime 6 aylık bir süre verilmez.

Hâkim; kanunda belirlenen bu süreyi ara kararına geçirek kullanmaya başladığını belirtmek durumunda mıdır? Bu süre kesin mühlet tedbirleri ile ilgili olup, yargılamanın sonuçlandırılması ile ilgili olmadığından bu soruya olumsuz cevap verilmelidir.

... Somut olayda mahkemece, kesin mühletin hitamından sonraki bir tarihe duruşma günü tayin edilmesi suretiyle 304/2 madde kapsamında verilmiş olan 6 aylık uzatma yetkisinin zımnen kullanıldığının kabul edilmesi gerekir. Kaldı ki, komiser heyetince nihai rapor 03.11.2020 günü ibraz edilmiş olup bu tarih ile karar tarihi arasında geçen 36 günlük süre, tebliğ işlemleri, itirazların sunulması ve sonucunda mahkemece yapılacak inceleme ve değerlendirme süreci dikkate alındığında makul kabul edilebilecek niteliktedir. Ayrıca yargılama sürecine etkisi bulunmayan, hiçbir kusuru olmayan talep edenlerin ve konkordatoya kabul oyu kullananların makul süre olarak kabul edilebilecek 20 günlük gecikme nedeniyle, cezalandırılmaları doğru görülmemiştir”.

Yargıtay’ın vardığı bu sonuç şöyle özetlenebilir: İİK m. 304 düzenleyici bir hükümdür. Buradan hareketle mühlet içinde karar verilmemesine Kanun’da öngörölmeyen bir yaptırım getirilmemelidir. Zira kanun koyucu, mühlet içinde karar verilmemesine böylesi bir sonuç getirmek isteseydi bunu kanuna yazardı. Hâkime süreyi altı ay uzatma imkânı vermezdi. Uzatma kararı verilmesi, mühlet tedbirlerinin devamını sağlamaya yöneliktir. Bu bakımdan uzatma kararı verilmemiş olması, mühletin bitiminden sonra karar verilemeyeceği anlamına gelmez. Somut olayda kararın verilmesi bakımından yaşanan gecikme makul sayılabilir. Bu gecikmeden kaynaklı borçlu ve alacaklılar aleyhine bir sonuç yaratılmamalıdır.

Yargıtay 6. Hukuk Dairesi’nin benzer yönde verdiği ikinci karar; 2021/6269 Esas Numaralı, 2022/4171 Karar Numaralı, 15.09.2022 tarihli karardır.

Karara konu olayda yine ilk derece mahkemesi kesin mühlet bittikten sonra konkordato projesinin tasdiki kararı vermiştir.

Bu karara karşı istinaf yoluna başvurulması üzerine, Ankara BAM 23. Hukuk Dairesi tarafından “*kesin mühletin 02.01.2021 tarihinde sona erdiği, komiserler kurulunun nihai raporunu 04.01.2021 tarihinde sunduğu, bu durumda, mahkemece İİK’nın 304/1. maddesi hükmü uyarınca en geç 02.01.2021 itibariyle tasdik konusunda bir karar verilmesi gerekirken, yasa ile belirlenen sürelerin hakim tarafından değiştirilmesine izin vermeyen genel hukuk ilkesine aykırı şekilde, kesin mühletin bitiminden sonraki tarihte (08.02.2021) ... karar verilmesi*

*doğru olmadığı belirtilerek, ... konkordato tasdik talebinin usulden reddine*” karar verilmiştir<sup>28</sup>.

Karar temyiz edilmiş ve Yargıtay aynı gerekçelerle, somut olayda tasdik kararının verilmesinde yaşanan yaklaşık 35 günlük gecikmeyi makul sayarak kararı bozmuştur.

Söz konusu karara konu olayda, her şeyden önce konkordato dosyası ve komiserin gerekçeli raporunun kesin mühlet bittikten sonra (04.01.2021 tarihinde) mahkemeye tevdi edildiği görülmektedir. Ancak ne BAM ne de Yargıtay, kararlarında bu hususa dikkat çekmiş, söz konusu merciler değerlendirmelerini yalnızca mühlet bittikten sonra konkordatonun tasdiki hususu yönünden yapmıştır. Oysa çalışmada ilk başlık altında açıklandığı üzere mühlet bittikten sonra yapılan tevdilerde, mahkemenin usulden ret kararı vermesi gerekir. Dolayısıyla karara konu olay yönünden öncelikle incelenmesi gereken husus budur.

Yargıtay 6. Hukuk Dairesi’nin konuya ilişkin verdiği üçüncü ve son karar ise 2022/1882 Esas Numaralı, 2022/4839 Karar Numaralı, 18.10.2022 tarihli karardır.

Karara konu olayda diğerlerinden farklı olarak, ilk derece mahkemesi aşamalı şekilde “kesin mühletin uzatılmasına” yönelik altı aylık süreyi de kullanmış, bu süreler bittikten sonra konkordatonun tasdikine karar vermiştir.

Karara karşı yapılan istinaf başvurusunda Ankara BAM 23. Hukuk Dairesi; “*kesin mühletin uzatılması altı ayla sınırlı iken mahkemece kesin mühlet altı ay yirmi gün süre ile uzatılarak yargılama bakımından süre koşulunun ihlal edildiği gerekçesiyle ilk derece mahkemesi kararının düzeltilerek yeniden esas hakkında karar verilerek davacı şirketin konkordato tasdik talebinin usulden reddine*” hükmetmiştir.

Karar temyiz edilmiş ve Yargıtay bu kez şu gerekçelerle kararı bozmuştur:

“İİK’nın 304. maddesinin 1. maddesi düzenleyici bir hüküm içermekte olup, bu hükme bir sonuç bağlanmamıştır. Kaldı ki ikinci fıkrada kesin mühlet içinde bir karar verilemeyeceğinin anlaşılması halinde hâkime altı aylık, ek bir mühlet tanınmıştır. Kanun koyucu belirlenen sürede konkordato

<sup>28</sup> Benzer şekilde İstanbul BAM 17. HD de İİK m. 304 düzenlemesini emredici kabul ederek mutlaka kesin mühlet süresi içinde tasdike ilişkin karar vermesi gerektiğini kabul etmektedir: “*İcra ve İflas Kanununun 304/2. fıkrası gereğince konkordato hakkında kesin mühlet içerisinde karar verilmesi gerekecektir. Yasal düzenleme emredici niteliktedir*” (İSTANBUL BAM 17. HD, T. 24.12.2020, 2020/2109 E., 2020/2211 K.: e uyar.com); “*İcra ve İflas Kanununun 304/2. fıkrası gereğince konkordato hakkında kesin mühlet içerisinde karar verilmesi gerekecektir. Yasal düzenleme emredici niteliktedir...borçlulara uygulanan kesin mühletin uzatım tarihleri ile 304/2. fıkrada, kesin mühlet içerisinde karar verilemeyeceğinin anlaşılması halinde karar verilinceye kadar mühlet hükümlerinin devamına karar verileceği bu sürenin 6 ayı geçmeyeceğine dair düzenlemeler birlikte değerlendirildiğinde, davacılar vekilinin, tebligatla ilgili iddialarının yerinde olduğunun kabulü halinde dahi, mahkememizin inceleme tarihi itibarıyla yasanın belirlediği süreler ve ek sürelerin tamamının geçmiş olduğu anlaşılmaktadır. Bu durumda, istinaf başvurusunun kabulü ile dosyanın mahkemeye yeniden yargılama için gönderilmesinde ve hatta 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanununun 353/b-2. bendi gereğince hükmün Dairemiz tarafından düzeltilerek yeniden hüküm tesisinde hukuki imkansızlık olacağı gözetilerek bulundurulurken, davacıların buna dair istinaf nedenlerinin reddine karar verilmesi gerektiğini sonucuna varılmıştır. Açıklanan nedenlerle, 2004 sayılı İcra ve İflas Kanununun ilgili hükümleri kapsamında usulüne uygun şekilde gerçekleştirilen konkordato yargılaması neticesinde ve özellikle yasanın belirlediği sürelerin kesin olması ve geriye işlem yapılmasında hukuki imkansızlık olması nedeniyle, mevcut durumda, diğer istinaf nedenlerinin aksinin kabulünün dahi sonuca etkili olmayacağı, hükmün usul ve yasaaya uygun olduğu kanaatine varıldığından, davacıların istinaf başvurusunun reddine dair karar verilmesi gerekmele aşağıdaki şekilde hüküm kurulmuştur*” (İSTANBUL BAM 17. HD, T. 14.01.2021, 2020/2108 E., 2021/21 K.: emsal.uyap.gov.tr).

işlemlerinin özel güçlük arz eden incelemeler nedeniyle tamamlanamaması ihtimalini gözeterek ek mühlet verilme olanağı tanımıştır.

Somut olayda, komiser heyetince nihai rapor 03.11.2020 günü ibraz edilmiş olup araya Covid-19 tedbirleri kapsamında uzatma süresi girmiş ve nihayet mahkemece kesin mühlet içinde bir karar verilemeyeceği anlaşıldığından kesin mühletın hitamından sonra İcra ve İflâs Kanunu'nun kesin mühletın uzatılmasına olanak sağlayan 289/5 ve diğer maddeleri gereğince önce üç ay, sonra iki ay, sonra yirmi gün ve sonra da bir ay süre ile kesin mühletın uzatılmasına karar verilmiştir. Mahkemenin incelemenin tamamlanamaması nedeniyle verdiği toplam sürenin hesabında hataya düşerek 20 günlük süre aşılması taraflara (borçlu-alacaklı) yüklenebilecek bir kusur değildir.

Yargılama sürecine etkisi bulunmayan, hiçbir kusuru olmayan, talep edenlerin ve konkordatoya kabul oyu kullananların makul süre olarak kabul edilebilecek 20 günlük gecikme nedeniyle, cezalandırılması doğru görölmemiştir...”

### C. KARARLARIN DEĞERLENDİRİLMESİ

Öncelikle bir önceki başlıkta verilen son kararda şu hususa dikkat çekilmelidir: İlgili kararda geçen “*kesin mühletın uzatılmasına olanak sağlayan 289/5 ve diğer maddeleri gereğince*” ifadesinden hareketle İİK m. 289 ve İİK m. 304/2 hükümlerinin birlikte düşünölerek sürelerin tek bir altı aylık uzatma süresi üzerinden hesaplandığı söylenebilir. Ancak, İİK m. 289/5 ve İİK m. 304/2 şartları ve hükümleri birbirinden farklı olan iki ayrı altı aylık süre uzatma düzenlemesidir. Nitekim İİK m. 289/5’te zikredilen süre, komiserin yahut borçlunun talebi üzerine kullanılır, yargılamanın değil; kesin mühletın uzatılmasını amaçlar. İİK m. 304/2’de öngörölen süre ise ticaret mahkemesi hâkiminin re’sen, yargılama esnasında, yargılamayı uzatmak için ve yargılamanın uzamasıyla eş zamanlı olarak mühletın sonuçlarını devam ettirmek için kendisine verdiği süredir<sup>29</sup>. Örneğın İİK m. 289/5’teki uzatma süresi kullanılmadan bir yıl içinde konkordato dosyası ve gerekçeli rapor mahkeme önüne gelmiş olsun. Bu durumda mahkeme, kesin mühlet içinde karar veremeyeceğini anlamışsa kesin mühlet süresini uzatmadan İİK m. 304/2’ye göre karar verebilmesi için mühlet hükümlerinin devamına hükmedebilir<sup>30</sup>. Dolayısıyla her somut olay bakımından bu iki hükmün ayrı ayrı değerlendirilmesi gerekir.

Konkordatonun mahkemede incelenmesi kapsamında karar verme süresine ilişkin düzenleme, 2003’te 4949 sayılı Kanun ile değişiklik yapıłana kadar “*Mahkeme komiseri dinledikten sonra kısa bir zamanda kararını verir*” şeklindeydi. Hal böyleyken mühlet bittikten sonra karar verilmesi durumunda ne olacağına ilişkin iki görüş ortaya atılmıştır.

Bir görüş, mühlet bittikten sonra dahi karar verilebileceğini savunmuştur. Nitekim buna göre dosyanın mühlet içinde mahkemeye verilmesi ile mühletten beklenen amaç gerçekleşmiştir. Mahkemenin kararını artık mühlet içinde vermesine gerek yoktur. Bu halde mühletın

<sup>29</sup> İİK m. 289/5 ve İİK m. 304/2 hükümlerinin iki ayrı altı aylık uzatma süresi olduğu kabulü, uygulamada kesin mühletın sonuçlarının yirmi dört aya kadar sürmesi sonucunu doğurur (Özkes, “Konkordatoya Başvuru ve Geçici Mühlet Kararı”, s. 50; Duran, *Konkordato Mühleti ve Alacaklılar Bakımından Sonuçları*, s. 156). Bu bakımdan bir görüş, kesin mühlette sürelerin açıkça ortaya konmasını ve altı aylık tek bir uzatma düzenlemesi öngörölmesini önermektedir. Zira buna göre “kesin” olarak addedilen bir sürenin iki defa uzatılmasına imkân tanınması, söz konusu sürenin kesinliğinden şüphe duyulmasına yol açar (Sarısözen, *İcra-İflâs ve Konkordato Hukukundaki Yenilikler*, s. 216; Sarısözen, *Konkordato*, s. 498-499).

<sup>30</sup> Benzer şekilde, *Konkordatoda Mühletın Borçlu Bakımından Sonuçları*, s. 74.

sonuçları, kararın kesinleşmesinin ilânına dek devam eder. Dolayısıyla bu süre zarfında borçlu aleyhine takip başlatılamaz, mevcut takiplere devam edilemez<sup>31</sup>.

Yargıtay'ın da içinde yer aldığı diğer görüş ise bu kararın her hâlükârda mühlet bitimine kadar verilmesi gerektiğini ileri sürmüştür. Zira İİK, mühlet süresini ve bu sürenin uzatılabileceği halleri açık ve kesin şekilde tespit etmiştir. Mühlet kararının bir sonucu olan takip yasağı da mühletin bitmesiyle birlikte sona erer. Yani kanun koyucu, mühletin ek süre ile birlikte toplamda belli bir süreyi geçmemesini öngörmüş ve mühletin sonuçlarını doğurmasını da bu süreyle sınırlandırmıştır. Bu süre kesindir, artırılıp azaltılamaz<sup>32</sup>. Bu bağlamda kararın, mühletin bitmesinden sonra verilebileceği kabul edilirse, mahkeme önünde konkordato süreci devam ederken, mühletin dışında kalan takip işlemlerine izin verilmiş olur<sup>33</sup>. Bu da konkordatonun tasdikinin geciktiği hallerde kötü niyetli borçluların lehine, alacaklıların ise aleyhine bir sonuç doğurabilir. Söz konusu sonuca engel olabilmek adına mühletin etkileri kısa tutulmalıdır<sup>34</sup>.

Ayrıca mühletin sonuçlarının ve bu kapsamda takip yasağının tasdik kararının ilânına kadar devam edeceği görüşü kabul edilse de aynı tehlikenin mevcut olduğu ifade edilmiştir. Nitekim uygulamada kötü niyetli borçluların, özellikle sürecin uzun sürdüğü hallerde mal

<sup>31</sup> Postacıoğlu, *Konkordato*, s. 46-48; Gürdoğan, *İflâs Hukuku Dersleri*, s. 191; Buruloğlu ve Reyna, *Konkordato Hukuku ve Tatbikat*, s. 33. Bu görüşün başlıca dayanağı, o zamanlar yürürlükte olan İİK m. 300/2'dir (Gürdoğan, *İflâs Hukuku Dersleri*, s. 191; Postacıoğlu, *Konkordato*, s. 47; Buruloğlu ve Reyna, *Konkordato Hukuku ve Tatbikat*, s. 33). İlgili maddeye göre, kesinleşen konkordatonun tasdiki kararının ilânından itibaren mühlet hükümleri biter. Bununla birlikte Yargıtay'a göre söz konusu hüküm, borçlunun tasarruf yetkisinin kısıtlanmasıyla ilgilidir: "Konkordato mehli, yalnız takipleri etkilemeyip, borçlunun tasarrufunu kısıtlayan bazı neticeler de doğurur. Ezcümle, borçlu, konkordato projesine dahil olacak mal vesair haklar üzerinde tasarrufta bulunmaz. 300. maddenin son fıkrası hükmü, "ilanın yapılmasından itibaren artık borçlunun komiserin murakebesinden kurtulacağını ve mallar üzerinde serbestçe tasarruf edebileceğini" göstermektedir. Kanunla muayyen olup belirli şartlar dışında uzatılmayan konkordato mühleti geçtikten sonra yapılan takip geçerlidir. Ancak; borcun edası, konkordato şartları dahilinde icra olunur" (Yargıtay İİD, T. 17.11.1966, 1966/11409 E., 1966/11483 K.: e-uyar.com). Aynı yönde Yargıtay kararı için bkz. Yargıtay İİD, T. 21.09.1965, 1965/9657 E., 1965/9751 K.: e-uyar.com. Tanrıver / Deyneklî'ye göre de tasdik kararı mühletin dolmasından sonra verilebilir. Ancak mühletin hükümlerinden takip yasağı, mühletin dolmasıyla ortadan kalkar ve İİK m. 287/2 uyarınca ihtiyati tedbir yoluyla dahi takiplerin durdurulmasına yahut borçluya karşı yeni takip yapılamayacağına karar verilemez. Dolayısıyla İİK m. 300/2'nin uygulama alanı borçlunun tasarruf yetkisine getirilen sınırlama bakımındandır. Yazarlar, mühletin alacaklılar ve borçlu yönünden sonuçları arasında borçlu aleyhine böyle bir fark yaratılmasını eşitliği bozduğu gerekçesiyle eleştirmişlerdir (Tanrıver ve Deyneklî, *Konkordatonun Tasdiki*, s. 141, dn. 9).

<sup>32</sup> Berkin, *İflâs Hukuku*, s. 554-555; Kuru, *İflâs ve Konkordato Hukuku*, s. 425-426; Üstündağ, *İflâs Hukuku İflâs, Konkordato, İptal Davaları*, s. 215. "Konkordatoya müteallik bilcümle işlerin ve bu meyanda tasdik muamelesinin konkordato mühleti içinde bitirilmesi lazımdır. İİK.nun 287 inci maddesinin son fıkrasında 'iki aydan ibaret konkordato mühletinin icabı halinde nihayet iki ayı geçmemek üzere uzatılabileceği' açık ve kesin bir şekilde tesbit edilmiştir. Kanun vazı, 'mühletin ilave süre ile birlikte dört ayı geçmemesi' esasını kabul etmiş ve konkordato mühletinin hukuki neticelerini bu süre ile sınırlandırmıştır. Aksi düşüncede olsa idi, "konkordato mehli verildikten sonra konkordatonun tasdik veya reddi hakkında bir karar verilinceye kadar takip yapılamaz" hükmünü vazedirdi. Kanununun tayin ettiği müddetler kesin olup, taraflar bunu hiçbir zaman değiştiremezler" (Yargıtay İİD, T. 27.09.1971, 1971/9192 E., 1971/9370 K.: e-uyar.com). Aynı yönde karar için bkz. Yargıtay İİD, T. 22.05.1969, 1969/5462 E., 1969/5632 K.: RKD, 1969/12, s.176-177.

<sup>33</sup> "...konkordato talep eden borçlu hakkında takip yasağı, ancak dört aylık süre ile sınırlıdır ve bu da zamanasını ve hak düşürücü sürelerin hesabında nazarı itibare alınmaz. Bunun dışında, konkordatonun mahkemeye intikali veya tasdiki veya reddedilmesi hakkında mahkemece verilecek kararın kesinleşinceye kadar takip yasağı bulunmadığından, zamanasını itirazı halledilirken, bu sürenin nazarı itibare alınmasına olanak yoktur. Bu itibarla zamanasını itirazının bu hükümlere göre halli gerekirken, yasal dayanağı bulunmayan nedenlerle "itirazın reddine" karar verilmesi isabetsizdir" (Yargıtay 12. HD, T. 20.09.1976, 1976/6994 E., 1976/9183 K.: e-uyar.com).

<sup>34</sup> Üstündağ, *İflâs Hukuku İflâs, Konkordato, İptal Davaları*, s. 216, dn.226; Berkin, *İflâs Hukuku*, s. 555.



kaçırma yoluna ve tasdik kararının kesinleşmesinden sonra borçlarını konkordato şartlarına göre ödememek için çeşitli yollara başvurdukları görülmüştür. Dolayısıyla konkordato kurumunun kötü niyetli borçlular tarafından alacaklılara zarar verme amacıyla kullanılmasına izin verilmemeli, konkordatonun sunduğu imkânlardan yalnızca kötü niyetli olmayan borçlular yararlandırılmalıdır<sup>35</sup>.

Daha sonra ilgili düzenleme, 2003 yılında 4949 sayılı Kanun ile “*Mahkeme komiseri dinledikten sonra ve her halde mühlet içinde kısa bir zamanda kararını verir*” şeklinde ikinci görüş lehine değiştirildi.

Nihayetinde 2018 yılında, konkordato sürecinde köklü değişiklik yapan 7101 sayılı Kanunla ilgili düzenleme şu hali aldı:

**İİK Madde 304- (Değişik: 28/2/2018-7101/32 md.)** “Komiserin gerekçeli raporunu ve dosyayı tevdi alan mahkeme, konkordato hakkında karar vermek üzere yargılamaya başlar. Mahkeme, komiseri dinledikten sonra kısa bir zamanda ve her hâlde kesin mühlet içinde kararını vermek zorundadır. Karar vermek için tayin olunan duruşma günü, 288 inci madde uyarınca ilân edilir. İtiraz edenlerin, itiraz sebeplerini duruşma gününden en az üç gün önce yazılı olarak bildirmek kaydıyla duruşmada hazır bulunabilecekleri de ilâna yazılır.

Konkordato hakkında yapılan yargılamada kesin mühlet içinde bir karar verilemeyeceği anlaşılırsa; mahkeme, gerekli görürse komiserden gerekçeli bir rapor da alarak, karar verinceye kadar mühlet hükümlerinin devamına karar verebilir. Bu süre altı aydan<sup>36</sup> fazla olamaz<sup>37</sup>.”

<sup>35</sup> Kuru, *İflâs ve Konkordato Hukuku*, s. 425. Kuru, bu ikinci görüşe katılmakla birlikte bu görüşün sonuçlarında çeşitli ihtimallere göre ayrıma gitmiştir. Buna göre ilk ihtimal olarak, mühlet içinde konkordato tasdik edilmiş ancak tasdik kararı kesinleşip ilân edilmeden mühlet bitmişse; alacaklılar konkordato şartlarına göre takip yapabilir veya eski takiplere devam edebilir. Zira hakkında tasdik kararı verilmiş konkordatonun hükümlerini yerine getirmek için, bu kararın kesinleşmesine gerek yoktur. Öte yandan gerekli çoğunluk tarafından kabul edilen konkordato şartlarında projenin icrası, tasdik kararının kesinleşmesine bağlanmıyorsa, kararın kesinleşmesi beklenmelidir. İkinci ihtimalde konkordato, mahkemede incelendiği esnada mühlet bitebilir. Bu durumda alacaklı borçlu tarafından kabul edilmiş alacaklılar tasdik kararına kadar beklemelidir. Bununla birlikte alacağı borçlu tarafından kabul edilmeyen (çekişmeli olacak) alacaklıların, mühlet bittikten sonra konkordato hakkında karar verilmesini beklemelerine gerek yoktur. Mühletin bitmesiyle bu alacaklılar borçlu aleyhine takip yapabilir, ancak tasdik talebi hakkında bir karar verilmedikçe borçlunun mallarını haczettiremez. Bu takipler devam ederken konkordato tasdik edilirse, takipler konkordato şartlarına göre ödenir. Tasdik talebi reddedilirse mühletin hükümleri herkes bakımından sona ermiş sayılmalıdır. Bunun üzerine alacaklılar, borçlu aleyhine yeni takip başlatabilecekleri gibi önceden başlattıkları takiplere de devam edebilirler (Kuru, *İflâs ve Konkordato Hukuku*, s. 426-427). Üstündağ ise dayanağını şüpheli bulduğu böyle bir ayırımın, bu konuda ortaya çıkan sorunları tam olarak çözemediğini belirtmiştir (Üstündağ, *İflâs Hukuku İflâs, Konkordato, İptal Davaları*, s. 216, dn. 226).

<sup>36</sup> Pekcanitez / Erdönmez eserlerinde, altı ay gibi uzun bir süre uzatımının, kanun koyucunun süreci hızlandırmak için kanun yollarına başvuru imkânını kapatma gibi davranışlarıyla çeliştiğini ifade etmişlerdir. Yazarlar burada, diğer sürelerle uyumlu olacak şekilde bir-iki aylık bir süre uzatımı öngörmektedirler. Bununla birlikte sürecin hızlandırılmasının sürelerin kısaltılmasından değil; komiser ve mahkemenin uzmanlaştırılmasından ve mahkemelerin iş yükünün buna elverişli olmasından geçtiğini de belirtmektedirler (Pekcanitez ve Erdönmez, *7101 sayılı Kanun Çerçevesinde Konkordato*, s. 127).

<sup>37</sup> “*Maddenin birinci fıkrasında mahkemeye, kesin mühlet içinde konkordato hakkında bir karar vermek zorunluluğu yüklenmektedir. Bu sebeple ikinci fıkrada da yargılamanın gidişatına göre, bilhassa özel güçlük arz eden durumlarda, kesin mühlet içinde kararın verilemeyeceğinin anlaşılması halinde mahkemeye konkordato kararının verilmesine kadar mühlet hükümlerinin devamına karar verilebilecektir. Zira mühlet içinde karar verilemedikçe mühletin kalkması halinde, takip yasağının kalkması gibi konkordatonun amacına ulaşmasını engelleyecek sonuçlar ortaya çıkabilecektir. Mahkeme mühlet hükümlerinin uzatılması kararını verirken komiserden gerekçeli bir rapor isteyebilir. Her halde mühlet hükümleri altı aydan fazla uzatılmayacaktır*” (Madde gerekçesinden).



Bu son haliyle konu, detaylı şekilde kanunen açıklığa kavuşturulmuştur. Buradan hareketle bir görüş, altı aylık uzatma süresi içinde de bir karara varılamazsa artık tasdik talebinin reddedilmesi gerektiğini ifade etmiştir<sup>38</sup>. Zira İİK m. 304/2'deki altı aylık süre hem karar verilebilmesi için hem de mühletin etkilerinin sürdürülebilmesi için kabul edilmiş bir süredir. Dolayısıyla bu süre içinde karar verilmezse mühletin etkileri kendiliğinden ortadan kalkar ve böylece mevcut takiplere devam edilerek, hacizli ve rehinli malların satışı mümkün hale gelir. Bu ise, bazı alacaklıların alacaklarına tam olarak kavuşması sonucunu doğurarak konkordato sürecinde alacaklılar arasında gözetilen eşitliği bozar. Ayrıca borçlunun mallarının satılması, çoğu durumda konkordato projesinin başarıya ulaşma ihtimalini ortadan kaldırır<sup>39</sup>. Tasdik talebinin reddiyle iflâsa tabi borçlu bakımından iflâs sonucunun doğabilecek olması da bu sonucu değiştirmemelidir. Nitekim konkordatonun iyi hazırlanmamasında komiserin olduğu kadar borçlunun da kusuru bulunmaktadır<sup>40</sup>.

Tüm bu süreç, kanun koyucunun uygulamadaki konkordatoya ilişkin karar verme süresinin uzamasını dikkate aldığı ve mühlet hükümlerini de buna göre uyarladığını göstermektedir. Yapılan değişiklikler konkordato kurumunun bertaraf edilmesi değil, mümkün olduğunca uygulanabilir kılınması içindir. Esasında benzer bir düşünceye Yargıtay kararlarında da rastlanmaktadır.

Çalışma kapsamında incelenen kararlardan ilk ikisinde Yargıtay'ın hareket noktasının, uzatma süresinin zımnen kullanıldığını varsaymak olduğu söylenebilir. En son kararda ise olayda uzatma süresinin de bittiği, daha sonra tasdik kararı verildiği görülmektedir. Yargıtay bu kez yanlış hesaplama yapıldığı ve bu yanlış hesaplama kusuru olmayan borçlu ve alacaklıların cezalandırılmaması gerektiği gerekçesiyle BAM'ın verdiği konkordatonun tasdiki talebinin usulden reddi kararını bozmuştur. Acaba hesap yanlış olmasaydı, uzatma süresi yargılama sona ermediğinden bitseydi ve süre bittikten sonra karar verilseydi Yargıtay'ın kararı ne yönde olacaktı? Bu gerekçeler, aslında şartlarını sağlayan bir konkordatodan hâkimin hatası nedeniyle ilgililerin mahrum edilmemesi için ortaya konmuş, somut olaya göre değişebilen gerekçelerdir. O nedenle esasında soruna konkordatonun amacından hareket ederek bir çözüm getirmek gerekli ve yeterlidir.

Bu bağlamda öncelikle, İİK m. 304'ün tarihsel sürecinden de yola çıkılarak yargılamanın uzamaması ve sürecin keyfi şekilde sekteye uğratılmaması gerektiği söylenmelidir. Zira "kısa bir zamanda karar verilmeli" denilip, zamanla o kısa zamana bir sınır çizilmeye çalışılması da

<sup>38</sup> Ali Cem Budak ve Serdar Kale, "Madde 304", *Yeni Konkordato Hukuku 7101 sayılı Kanunla Değişik İcra ve İflâs Kanunu m. 285-309 Şerhi*, Editör: Selçuk Öztekin, Ankara: Adalet Yayınevi, 2018, s. 357; Uyar, *Yeni Konkordato Hukukumuzun Temel İlkeleri*, s. 120. Yine Eroğlu'na göre Kanun'da süreler kesin olarak düzenlenmiştir, mahkemenin de bu süreler içinde kararını vermesi gerekir. Mahkeme bu süreler geçtikten sonra tasdik kararı veremez. Aksi tutum Kanun'da emredici olarak düzenlenmiş sürelerin mahkemeye kanalıyla aşılması anlamına gelir; bunun da kabulü mümkün değildir (Eroğlu, *Uygulamada Konkordato*, s. 287-288). Benzer şekilde Simil de mahkemenin mutlaka İİK m. 304/2'deki altı aylık süre içinde karar vermesi gerektiğini savunmaktadır. Aksi halde mühletin etkileri, mahkemenin bu yönde bir karar vermesine gerek olmaksızın kendiliğinden ortadan kalkar. Mühletin sona ermesi nedeniyle mahkemenin vereceği konkordatonun reddi kararı yalnızca açıklayıcı niteliktedir (Simil, *Konkordatoda Mühletin Borçlu Bakımından Sonuçları*, s. 74, 246).

<sup>39</sup> Simil, *Konkordatoda Mühletin Borçlu Bakımından Sonuçları*, s. 74; Tunç Yücel, *Konkordato Mühletinin Alacaklılar Bakımından Sonuçları*, s. 28; Eroğlu, *Uygulamada Konkordato*, s. 287.

<sup>40</sup> Budak ve Kale, "Madde 304", s. 357.

tam olarak bu sebepten kaynaklanır. Bu sebep ise adil yargılanma ilkesinin bir unsuru olan makul sürede yargılanma ilkesidir<sup>41</sup>.

Kanunda makul sürede yargılanma ilkesinin bir gereği olarak hem taraflar hem de yargı organları için birtakım süreler öngörölmüştür<sup>42</sup>. Yargı organları için getirilmiş olan süreler düzenleyici nitelik taşır<sup>43</sup>. Bu bakımdan gerek İİK m. 302/8'de gerekçeli raporunu mahkemeye

<sup>41</sup> Ramazan Arslan, Ejder Yılmaz, Sema Taşpınar Ayvaz ve Emel Hanağası, *Medeni Usul Hukuku*, Ankara: Yetkin Yayınları, 2022, s. 155; L. Şanal Görgün, Levent Börü ve Mehmet Kodakoğlu, *Medeni Usul Hukuku*, Ankara: Yetkin Yayınları, 2022, s. 303; İlhan Postacıoğlu ve Sümer Altay, *Medeni Usul Hukuku Dersleri*, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2015, s. 178; Ejder Yılmaz, *Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, C. 1*, Ankara: Yetkin Yayınları, 2017, s. 835-837; Ejder Yılmaz, "Usul Ekonomisi", *AÜHFİD*, Cilt 57 / Sayı 1 (2008), s. 250; Necip Bilge ve Ergun Önen, *Medeni Yargılama Hukuku Dersleri*, Ankara: Sevinç Matbaası, 1978, s. 305; Süha Tanrıver, *Medeni Usul Hukuku, C. I*, Ankara: Yetkin Yayınları, 2021, s. 436; Süha Tanrıver, "Hukuk Yargısı (Medeni Yargı) Bağlamında Adil Yargılanma Hakkı", *TBBİD*, Sayı 53, 2004, s. 198; Meral Sungurtekin Özkan, *Türk Medeni Yargılama Hukuku*, İzmir: Barış Yayınları, 2013, s. 114; Ali Cem Budak ve Varol Karaaslan, *Medeni Usul Hukuku*, İstanbul: Filiz Kitabevi, 2021, s. 84; Hakan Pekcanitez, Oğuz Atalay ve Muhammet Özekes, *Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı*, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2021, s. 195; Güray Erdönmez, "§ 8. Medeni Usul Hukukuna Hâkim Olan İlkeler", *Pekcanitez Usul Medeni Usul Hukuku, C. I*, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2017, s. 851; Gülnur Erdoğan, *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Medeni Yargıda Adil Yargılanma Hakkı*, Ankara: Adalet Yayınevi, 2011, s. 122-123; Gülgün Ildır, *Alternatif Uyuşmazlık Çözümü Medeni Yargıya Alternatif Yöntemler*, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2003, s. 51-52; Murat Serhat Sansöz, "Usul Ekonomisi İlkesinin Hukuk Muhakemeleri Kanunu'ndaki Yansımaları", *Fatih Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 1 / Sayı 1 (Ocak 2013), s. 69; Hüseyin Turan, "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihatlarında Makul Sürede Yargılanma Hakkı", *TAAD*, Sayı 11, Yıl 3, Ekim 2012, s. 49-50; Sibel İnceoğlu, *İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı*, Tıpkı İstanbul: Beta Yayıncılık, 2013, s. 370; Sezin Aktepe Artık, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Medeni Usul Hukukunda Adil Yargılanma Hakkı*, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2014, s. 253. Nitekim bu ilkeyle bağlantılı olarak HMK m. 30'da hâkime bir görev yüklenmiştir. "Usul ekonomisi ilkesi" başlıklı bu maddeye göre; "Hâkim, yargılamanın makul süre içinde ve düzenli bir biçimde yürütülmesini ve gereksiz gider yapılmamasını sağlamakla yükümlüdür". Usul ekonomisi ilkesinin bir unsuru olan yargılamanın makul sürede tamamlanmasına ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Cumhur Rüzgaresen, *Medeni Muhakeme Hukukunda Usul Ekonomisi İlkesi*, Ankara: Yetkin Yayınları, 2013, s. 173 vd.

<sup>42</sup> Arslan, Yılmaz, Taşpınar Ayvaz ve Hanağası, *Medeni Usul Hukuku*, s. 183; Postacıoğlu ve Altay, *Medeni Usul Hukuku Dersleri*, s. 372; Ejder Yılmaz, *Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, C. 2*, Ankara: Yetkin Yayınları, 2017, s. 1463; Bilge ve Önen, *Medeni Yargılama Hukuku Dersleri*, s. 305; Saim Üstündağ, *Medeni Yargılama Hukuku, C. I*, İstanbul: Formül Matbaası, 1984, s. 372; Tanrıver, *Medeni Usul Hukuku, C. I*, s. 477; Baki Kuru, *Medeni Usul Hukuku El Kitabı, C. II*, Ankara: Yetkin Yayınları, 2020, s. 1635; Güray Erdönmez, "§ 5. Usul İşlemleri", *Pekcanitez Usul Medeni Usul Hukuku, C. I*, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2017, s. 453; Murat Atalı, İbrahim Ermenek ve Ersin Erdoğan, *Medeni Usul Hukuku*, Ankara: Yetkin Yayınları, 2021, s. 288; Ejder Yılmaz, "Hukuk Muhakemeleri Kanununda Süreler", *Prof. Dr. Aydın Zevkliler'e Armağan C. III, [Yaşar Üniversitesi Elektronik Dergisi, Cilt 8 / Özel Sayı (2013)]*, İzmir: Birleşik Matbaacılık, 2013, s. 3170; Nihat Yavuz, "Hukuk Usulünde Müddetler", *ABD*, Sayı 2, Mart-Nisan 1975, s. 133. "Bir davanın açılmasıyla başlayan yargılama faaliyetinde istenen sonuca en kısa zamanda ulaşılması için mahkeme ve taraflarca yapılması gereken belirli işlemler vardır ve her işlemin belli bir zaman aralığında yapılması gerekmektedir. Usul hükümleri ile de kanuni bir değer kazanan bu zaman aralıklarına "süre" denilmektedir. Böylece usul işlemlerinin yapılması zaman-sal olarak tarafların ya da mahkemenin arzularına, inisiyatifine bırakılmamış olmaktadır." (Yargıtay HGK, T. 08.11.2018, 2017/2491 E., 2018/1671 K.: LEXPERA). Aynı yönde Yargıtay kararı için bkz. Yargıtay HGK, T. 25.11.2020, 2019/405 E., 2020/949 K.: LEXPERA; Yargıtay HGK, T. 18.03.2021, 2021/13 E., 2021/301 K.: LEXPERA; Yargıtay HGK, T. 30.11.2021, 2019/684 E., 2021/1510 K.: LEXPERA; Yargıtay HGK, T. 16.12.2021, 2020/22 E., 2021/1697 K.: LEXPERA; Yargıtay HGK, T. 01.03.2022, 2019/124 E., 2022/221 K.: LEXPERA; Yargıtay HGK, T. 15.03.2022, 2020/622 E., 2022/323 K.: LEXPERA.

<sup>43</sup> Tanrıver, *Medeni Usul Hukuku, C. I*, s. 477; Görgün, Börü ve Kodakoğlu, *Medeni Usul Hukuku*, s. 148; Arslan, Yılmaz, Taşpınar Ayvaz ve Hanağası, *Medeni Usul Hukuku*, s. 184; Kuru, *Medeni Usul Hukuku El Kitabı, C. II*, s. 1639; Pekcanitez, Atalay ve Özekes, *Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı*, s. 128; Erdönmez, "§ 5. Usul İşlemleri", s. 453-454; Atalı, Ermenek ve Erdoğan, *Medeni Usul Hukuku*, s. 288; Rüzgaresen, *Medeni*

sunması için komişere verilmiş, gerekse İİK m. 304/2’de tasdik yargılamasında karar vermesi için mahkemeye tanınmış süre düzenleyicidir. Bu sürelerin düzenleyici nitelikte olması onların keyfi bir şekilde kullanılabilmesi anlamına gelmez. Kaldı ki buradaki düzenleyici süreler, kanunda borçlu ve alacaklılara tanınan kesin mühlet süresiyle de bağlantılı ve hatta deyim yerindeyse onun çatısı altındadır.

Konkordatonun amacı ve niteliği gereği sürelerde bazı esnetmeler yapılabilirdir. Bugün Türk hukukunda konkordato, sonuçları itibarıyla yalnızca borçlu değil; alacaklılar ve üçüncü kişilere de fayda sağlayabilecek önemli bir kurumdur. Zira icra veya iflâs yollarına başvurarak alacaklıların alacaklarına kavuşabilmeleri uzun sürebileceği gibi belli masrafları da beraberinde getirir. Ayrıca ilgili yollarda alacakların ödenme sırasına bağlı olarak, alacaklıların alacaklarına tam olarak kavuşamama ihtimali oldukça yüksektir<sup>44</sup>. Nitekim Kanun’da konkordato kurumu, tüm bunlar gözetilerek düzenlenmiştir. Bu kapsamda borçlu hakkında

*Muhakeme Hukukunda Usul Ekonomisi İlkesi*, s. 190; Yılmaz, *Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi*, C. 2, s. 1474; Yılmaz, “Hukuk Muhakemeleri Kanununda Süreler”, s. 3184; Sungurtekin Özkan, *Türk Medeni Yargılama Hukuku*, s. 133. “(HMK)’nda öngörülen süreler, nitelikleri bakımından, taraflar için konulmuş süreler ve mahkemeler için konulmuş süreler olmak üzere ikiye ayrılır./Mahkemeler için öngörülen sürelerin, taraflar için öngörülen sürelerden farkı; sürenin geçirilmiş olmasının, o sürede yapılması öngörülen işlemin yapılma olanağını ortadan kaldırmamasıdır./Eş söyleyişle hakim, gecikmeli de olsa süreye bağlanmış olan işlemi yapabilir. Dolayısıyla, gecikmeli de olsa yapılan işlem, oluşturulan karar hukukun geçerlidir ve süresinde yapılmış gibi hukuki sonuç doğurur./Gerçekten; bir uyuşmazlık mahkemeye taşınmış olmakla, kamu alanına, toplumun da çıkarını ilgilendiren bir platforma aktarılmış olmaktadır. Bu nedenle bir davanın makul sürede sona erdirilmesinde en az taraflar kadar toplumun da yararı vardır./Şu halde, süreye ilişkin normların kabulüyle medeni usul hukukunda gerçekleştirilmek istenen amaçlar; adaletin bir an önce sağlanması, keyfilik önlenmesi, mahkemenin aynı işle uzun süre meşgul olmasının, başka ifadeyle diğer dava ve işlere yeterince zaman ayıramaz duruma düşürülmesinin önlenmesi; uluslar üstü ve ulusal nitelikteki emredici normlar uyarınca davanın makul sürede sonuçlandırılmasının sağlanması, yargılamanın belli bir düzen ve kestirilebilir bir zamansallıkla yürütülmesi, başka bir anlatımla yargılamanın adil şekilde yapılmasının sağlanması olarak özetlenebilir” (Yargıtay HGK, T. 30.01.2013, 2012/671 E., 2013/151 K.: LEXPERA). Aynı yönde Yargıtay kararları için bkz. Yargıtay HGK, T. 28.04.2010, 2010/221 E., 2010/241 K.: LEXPERA; Yargıtay HGK, T. 14.10.2010, 2010/510 E., 2010/585 K.: LEXPERA; Yargıtay HGK, T. 28.03.2012, 2012/55 E., 2012/249 K.: LEXPERA; Yargıtay HGK, T. 14.10.2010, 2010/510 E., 2010/585 K.: LEXPERA; Yargıtay HGK, T. 13.03.2013, 2012/779 E., 2013/355 K.: LEXPERA; Yargıtay HGK, T. 08.11.2018, 2017/2491 E., 2018/1671 K.: LEXPERA; Yargıtay HGK, T. 25.11.2020, 2019/405 E., 2020/949 K.: LEXPERA; Yargıtay HGK, T. 18.02.2021, 2017/1462 E., 2021/104 K.: LEXPERA; Yargıtay HGK, T. 22.06.2021, 2017/3179 E., 2021/806 K.: LEXPERA; Yargıtay HGK, T. 16.12.2021, 2020/22 E., 2021/1697 K.: LEXPERA; Yargıtay HGK, T. 01.03.2022, 2019/124 E., 2022/221 K.: LEXPERA; Yargıtay HGK, T. 15.03.2022, 2020/622 E., 2022/323 K.: LEXPERA.

<sup>44</sup> Berkin, *İflâs Hukuku*, s. 523; Necmeddin Berkin, “Konkordato Akdi ve Konkordatonun Hukuki Mahiyeti”, *İBD*, Cilt XXIII / Sayı 4 (1949), s. 193; Üstündağ, *İflâs Hukuku İflâs, Konkordato, İptal Davaları*, s. 197; Postacıoğlu, *Konkordato*, s. 14; Mustafa Reşit Belgesay, : *İcra ve İflâs Hukuku Sentetik Bölüm Konkordato-İflâs-İptal Davası Tahliye, C.2*, İstanbul: İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1953, s. 10; Gürdoğan, *İflâs Hukuku Dersleri*, s. 155; Kemal Arar, *İcra ve İflâs Hükümleri-İflâs, C. II*, Ankara: İdeal Basım, 1945, s. 256; Ejder Yılmaz, “İflâs ve Konkordato Uygulamasıyla İlgili Bazı Sorunlar Üzerine Düşünceler”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Sayı 1 (1995), s. 99; Tanrıver ve Deynekli, *Konkordatonun Tasdiki*, s. 31; Eroğlu, *Uygulamada Konkordato*, s. 68-69; Sansözgen, *Konkordato*, s. 109; Selçuk Öztekin, “Türk Hukukunda ve Uygulamasında Ödeme Güçlüğü İçindeki İşletmelerin Rehabilitasyonu: İmkânlar, Aksaklıklar ve Çözüm Önerileri”, *Türk , İngiliz ve ABD Hukukunda İşletmelerin Ödeme Güçlüğü Sorunları ve Banka İlişkileri Sempozyumu*, İstanbul: İSO, 1993, s. 240; Duran, *Konkordato Mühleti ve Alacaklılar Bakımından Sonuçları*, s. 12; Atalı, Ermenek ve Erdoğan, *İcra ve İflâs Hukuku*, s. 629; Serdar Kale, “İflâs İçi Adi Konkordato Uygulamasında Ortaya Çıkan Bazı Sorunlar”, *MİHBİR 13. Antalya Toplantısı, Yeniden Yapılandırılması Gereken Bir Kurum Olarak İflâs ve Konkordatonun İşlememesinin Sebepleri*, Ankara: Türkiye Adalet Akademisi Yayınları, 2017, s. 279; Evren Kılıçoğlu, “İflâsın Ertelenmesinin Konkordato ve Uzlaşma Yoluyla Yeniden Yapılandırma Kurumlarıyla Karşılaştırılması”, *Prof. Dr. Yavuz Alangoaya İçin Armağan*, İstanbul: Beta Yayıncılık, 2007, s. 454.

alacaklılara da konkordato talep edebilme imkânı verilmiştir. Keza projede teklif edilen tutarın borçlunun kaynaklarıyla orantılı olması ve iflâsa nazaran alacaklıları daha iyi duruma sokması gerekliliği tasdik şartı olarak aranmaktadır.

Konkordato, alacaklılar ve borçlunun menfaatlerini korumanın yanında kamu yararına hizmet etmeyi de amaçlamaktadır<sup>45</sup>. Özellikle konkordato aracılığıyla iyileşen işletmelerin ülke ekonomisine sunacakları katkı dikkate alındığında, konkordatonun sosyo-ekonomik düzeni koruyup dengelemede önemli bir araç olduğu söylenebilir<sup>46</sup>. Dolayısıyla tasdik edilebilecek bir konkordato, gerek gerekçeli raporu süresinde sunmayan komiserin; gerekse kesin mühletin bitmesine rağmen uzatma kararı vermeden yargılamaya devam eden mahkemenin ihmeline kurban edilmemelidir.

O halde tüm bu anlatılanlar ışığında çeşitli ihtimaller değerlendirilerek şu sonuçlara varılabilir:

<sup>45</sup> Tanrıver, *Konkordato Komiseri*, s. 5; Süha Tanrıver, “Konkordato Prosedürünün Islahı İle İlgili Bazı Düşünceler”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 50 / Sayı 3 (2001), s. 1; Tanrıver ve Deynekli, *Konkordatonun Tasdiki*, s. 31; Altay ve Eskiocak, *Konkordato ve Yeniden Yapılanma Hukuku*, s. 4, 6; Buruloğlu ve Reyna, *Konkordato Hukuku ve Tatbikat*, s. 39; Ulukapı, *Konkordatonun Feshi*, s. 12; Oğuz Atalay, “Konkordato Talebi Üzerine İcra Takiplerinin İhtiyati Tedbirle Durdurulması”, *Legal Hukuk Dergisi*, Cilt 11 / Sayı 125 (2013), s. 31; Sarısözen, *İcra-İflâs ve Konkordato Hukukundaki Yenilikler*, s. 88; Albayrak, *İflâs Dışı Adi Konkordatoda Konkordato Mühletinin Sözleşmeler Bakımından Sonuçları*, s. 37; Çukacı, *Konkordato*, s. 7; Ayşe Arat ve Meltem Ercan Özler, “Konkordato-İbra İlişkisi Çerçevesinde Konkordatonun Bir Tür İbra Olup Olmadığı Sorunu”, *Terazi Hukuk Dergisi*, Cilt 13 / Sayı 145 (Eylül 2018), s. 20; Işık, “7101 Sayılı Kanunla Yapılan Değişiklikler Çerçevesinde Adi Konkordatoda Mühletin Müstakbel Alacaklıların Devri Üzerindeki Etkisi”, s. 411; Eroğlu, *Uygulamada Konkordato*, s. 78-79; Duran, *Konkordato Mühleti ve Alacaklılar Bakımından Sonuçları*, s. 13; Atalı, Ermenek ve Erdoğan, *İcra ve İflâs Hukuku*, s. 630.

<sup>46</sup> Tanrıver, *Konkordato Komiseri*, s. 5; Tanrıver, “Konkordato Prosedürünün Islahı İle İlgili Bazı Düşünceler”, s. 1; Tanrıver ve Deynekli, *Konkordatonun Tasdiki*, s. 31; Yılmaz, “İflâs ve Konkordato Uygulamasıyla İlgili Bazı Sorunlar Üzerine Düşünceler”, s. 102; Altay ve Eskiocak, *Konkordato ve Yeniden Yapılanma Hukuku*, s. 4, 8, 9; Selçuk Öztekin, “Madde 285”, *Yeni Konkordato Hukuku 7101 sayılı Kanunla Değişik İcra ve İflâs Kanunu m. 285-309 Şerhi*, Editör: Selçuk Öztekin, Ankara: Adalet Yayınevi, 2018, s. 111; Akdeniz ve Kayihan, *Konkordato Hukuku El Kitabı*, s. 22-23; Kaplan, *Yeni Türk Konkordato Hukuku*, s. 17; Ulukapı, *Konkordatonun Feshi*, s. 12; Atalay, “Konkordato Talebi Üzerine İcra Takiplerinin İhtiyati Tedbirle Durdurulması”, s. 31, 32; Akil, *Sorularla Konkordato Hukuku*, s. 44; Albayrak, *İflâs Dışı Adi Konkordatoda Konkordato Mühletinin Sözleşmeler Bakımından Sonuçları*, s. 37; Mustafa Yavuz, “Son Düzenlemeler Işığında Mahkemelerde Verilen Konkordato Mühletinin Alacaklılar ve Borçlu Bakımından Sonuçları”, *Mali Çözüm Dergisi*, Sayı 147 (Mayıs-Haziran 2018), s. 159; Çukacı, *Konkordato*, s. 7; Duran, *Konkordato Mühleti ve Alacaklılar Bakımından Sonuçları*, s. 13-14; Atalı, Ermenek ve Erdoğan, *İcra ve İflâs Hukuku*, s. 630. Nitekim konkordatonun bölgesel veya milli ekonomiye sağlayacağı katkıya kanun koyucu da dikkat çekmiştir: “Sosyal ve ekonomik koşullardaki değişiklikler nedeniyle, aslında ekonomik hayatlarını devam ettirmesi mümkün olan bazı ticarî işletmeler, borçlarını ödeyemedikleri veya malvarlıkları borçlarını karşılayamadığı için, ekonomik varlıklarını yitirmek tehlikesi ile karşı karşıya kalmaktadırlar. Bu tehlike borçluları olduğu kadar, alacağını tahsil edememek durumuyla karşı karşıya kalan alacaklıları ve işini kaybetmek riskine maruz kalan işçileri de tehdit etmekte; bu tehdit sonuçta bölgesel veya milli ekonomiyi de etkilemektedir. Bu gibi durumlarda, ekonomik varlığını devam ettirebilme ihtimali olan işletmelerin malvarlığını koruyucu önlemler almak veya yeniden yapılandırılmalarını sağlamak, alacaklıların ve borçluların karşılıklı hak ve yükümlülüklerini düzenlemek herkesin yararına” (4949 sayılı Kanunun Genel Gereği: <https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem22/yil01/ss225m.htm>).

1. Borçlu veya komiserin m. 289/5 uyarınca kesin mühletin uzatılmasına ilişkin bir talebi olmamış ve kesin mühlet bitmiş, daha sonra dosya ve rapor mahkemeye sunulmuş ise konkordato talebinin usulden reddine karar verilmelidir.

2. Dosya ve gerekçeli bir rapor mühlet içinde mahkemeye sunulmuş, yargılama esnasında İİK m. 304/2 kullanılmamış ve kesin mühlet bitmiş, daha sonra karar verilmiş. Verilen karar mühletin bitiminden itibaren altı ay içindeyse, karar geçerli sayılmalı, bozulmamalıdır.

3. Dosya ve gerekçeli bir rapor mühlet içinde mahkemeye sunulmuş, yargılama esnasında m. 304/2'deki altı ayın bir kısmı (örneğin dört ay) kullanılmış, daha sonra karar verilmiş. Verilen karar kalan iki ayın içindeyse yine, karar geçerli sayılmalı ve bozulmamalıdır.

4. Dosya ve gerekçeli bir rapor mühlet içinde mahkemeye sunulmuş, yargılama esnasında İİK m. 304/2 uyarınca altı aylık uzatma süresi kullanılmış ve bitmiş, daha sonra karar verilmiş ise artık karar geçersiz sayılmalı, konkordato talebi usulden reddedilmelidir.

Son olarak burada geç karar verilmiş olmasından bir zarar ortaya çıkmışsa, zarara uğrayanın, zararını tazmin için başvurabileceği bir yol olup olmadığına bakmak gerekir. Hâkimlerin hukuki sorumluluğu HMK m. 46'da düzenlenmiştir. İlgili madde, hâkimlerin yargısal görevlerini yerine getirirken işledikleri kusurlu fiillerden zarar görenlere, bu zararların tazminine yönelik doğrudan devlete dava açma imkânı tanımaktadır. Özü itibarıyla bir haksız fiil sorumluluğu olan bu düzenlemede, özel sorumluluk sebepleri yaratılarak tahdidi şekilde sayılmıştır. Dolayısıyla zarar görenin devlet aleyhine dava açabilmesi için mutlaka bu sorumluluk sebeplerinden birine dayanması gerekir. O halde HMK m. 46 uyarınca devlete dava açılabilmesi için öncelikle hâkimin, yargılama görevini yerine getirirken yahut yetkilerini kullanırken hukuka aykırı bir işlem veya eylemde bulunması gerekir. Bu işlem veya eylem kast ya da ağır ihmâl şeklinde somutlaşmalı ve HMK m. 46'da sayılan özel sorumluluk sebeplerinden birine girmelidir<sup>47</sup>. Hâkimin bu işlem veya eyleminden bir zarar ortaya çıkmış olmalıdır. Nihayetinde söz konusu zararlar hâkimin işlem veya eylemi arasında uygun bir nedensellik bağı bulunmalıdır<sup>48</sup>.

Tasdik yargılamasında karar verilmesi gereken süre, bu sürenin uzatılabileceği sınır ve uzatma usulü Kanun'da açıkça düzenlenmiştir (İİK m. 304). Söz konusu kural, hâkimlere yoruma ihtiyaç olmayacak derecede açık ve emredici nitelikte bir görev yüklemenin yanı sıra ilgililere de bu görevin yerine getirilmesini isteme bakımından bir hak tanımaktadır. Hâkimin bunlara uymayarak verdiği karar, görevini icra ederken kast ya da ağır ihmâl şeklinde

<sup>47</sup> “Eldeki dava, HUMK.nun 573. maddesinin 1, 2 ve 7. bentlerine dayandırılmıştır. Böyle bir dava için hakim kasıtlı hareket etmesi ve verdiği kararın kanuna ve adalete aykırı bulunması (HUMK.nun 573/1), açık ve kesin olan bir kanun hükmüne aykırı bir karar verilmesi (HUMK.nun 573/2) veya memuriyet görevini yapmakta ihmâl ve terahi gösterilmesi (HUM K. nun 573/7) gerekir./ Anılan şu yasal düzenlemeye göre dava konusu olaya bakıldığında, davalı hâkimlerin kasıtlı hareketle yasaya ve adalete aykırı karar verdiklerini, kesin bir kanun hükmüne aykırı davrandıklarını veya memuriyet görevini savsakladıklarını kabule yeterli delil bulunmamaktadır. İleri sürülen iddialar esas hükümle birlikte temyizden ileri sürülebilecek hususlardır. Öyleyse davanın reddi gerekir” (Yargıtay HGK, T. 26.09.2007, 2007/4-669 E., 2007/608 K.: e-uyar.com).

<sup>48</sup> Tanrıver, *Medeni Usul Hukuku, C. I*, s. 310; Mine Akkan, “§ 4. Yargı Görevlileri”, *Pekcanitez Usul Medeni Usul Hukuku, C. I*, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2017, s. 359; Pekcanitez, Atalay ve Özekes, *Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı*, s. 100; Görgün, Börü ve Kodakoğlu, *Medeni Usul Hukuku*, s. 70; Atalı, Ermenek ve Erdoğan, *Medeni Usul Hukuku*, s. 84; Budak ve Karaaslan, *Medeni Usul Hukuku*, s. 35-36; Abdurrahim Karşı, *Medeni Muhakeme Hukuku*, İstanbul: Alternatif Yayıncılık, 2012, s. 199-200; Timuçin Muşul, *Medeni Usul Hukuku*, Ankara: Yetkin Yayınları, 2009, s. 56.



somutlaşan hukuka aykırı davranışına vücut verir. Dolayısıyla bu karardan kaynaklı ortaya bir zarar çıkmışsa zarar gören, HMK m. 46'nın "farklı bir anlam yüklenemeyecek kadar açık ve kesin bir kanun hükmüne aykırı karar veya hüküm verilmiş olması" yahut "hakkın yerine getirilmesinden kaçınılmış olması" sebeplerinden birine dayanarak hâkimin sorumluluğu hükümlerine başvurulabilir<sup>49</sup>. Bununla birlikte bu hükmün uygulamada işlerlik kazanıp kazanamayacağı ise ayrı bir sorundur.

Kanunlarda açık olarak belirtilen konularda işi uzatacak şekilde davranışta bulunmak anlamına gelen bu husus, ayrıca hâkimin disiplin sorumluluğuna yol açar. Buna göre hâkimlik görevinin gereğine uymayan davranışın tespiti üzerine, durumun niteliği ve ağırlık derecesine göre Hâkimler ve Savcılar Kurulunca ilgili disiplin cezalarından biri verilir (Hâkimler ve Savcılar Kanunu<sup>50</sup> m. 62 vd.).

Hâkim TCK anlamında kamu görevlisi sayılır (TCK m. 6). Tasdik yargılamasında görevinin gereğini yapmakta ihmâl veya gecikme göstererek kişilerin mağduriyetine veya kamunun zararına sebep olan yahut kişilere haksız bir menfaat sağlayan hâkimin, bu davranışından cezai sorumluluğu doğacaktır (TCK m. 257).

## SONUÇ

İcra ve İflâs Kanunu, konkordato sürecinde mahkeme ve komiserlere birtakım görevler yüklemiştir. Bu görevlerin bazılarında muhataplarına belli süreler öngörölmüştür. Çalışmada bu bağlamda iki düzenleme değerlendirilmiştir. Bunlardan ilki İİK m. 302/8'dir. Buna göre "Komiser, iltihak süresinin bitmesinden itibaren en geç yedi gün içinde konkordatoya ilişkin bütün belgeleri, konkordato profesinin kabul edilip edilmediğine ve tasdikinin uygun olup olmadığına dair gerekçeli raporunu mahkemeye tevdi eder". Burada, komiserin söz konusu yedi gün geçtikten sonra gerçekleştirdiği tevdilerde mahkemenin ne yönde karar vereceği sorunu ortaya çıkmaktadır. Kanun'da geçen "en geç yedi gün" ibaresi, bu sürenin kesin olduğu izlenimi uyandırmaktadır. Öte yandan dosya ve raporun mahkemeye sunulmasını yedi günlük süreye hasretmek ve bu süreden sonra yapılan tevdilere dayalı tasdik talebini reddetmek, tasdik edilmesi muhtemel bir konkordatonun akıbetini tümüyle komisere bırakmak sonucunu doğurur. Bu ise konkordatonun amacı ve niteliği ile bağdaşmaz. Zira konkordatonun tasdikinde borçlu ve alacaklıların menfaatinin yanı sıra kamu yararı da bulunmaktadır. Dolayısıyla bu süre kesin mühlet içinde olmak kaydıyla esnetilebilmelidir. Nihayetinde kesin mühlet bittikten sonra yapılan tevdilerde, tasdik talebi usulden reddedilmelidir.

Çalışmanın konusunu oluşturan diğer düzenleme ise İİK m. 304/2'dir. Buna göre "Konkordato hakkında yapılan yargılamada kesin mühlet içinde bir karar verilemeyeceği

<sup>49</sup> Görgün, Börü ve Kodakoğlu, *Medeni Usul Hukuku*, s. 148; Arslan, Yılmaz, Taşpınar Ayvaz ve Hanağası, *Medeni Usul Hukuku*, s. 184; Postacıoğlu ve Altay, *Medeni Usul Hukuku Dersleri*, s. 54; Pekcanitez, Atalay ve Özekes, *Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı*, s. 128; Rüzgaresen, *Medeni Muhakeme Hukukunda Usul Ekonomisi İlkesi*, s. 190; Yılmaz, *Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, C. 2*, s. 1474; Yılmaz, "Hukuk Muhakemeleri Kanununda Süreler", s. 3184; Sungurtekin Özkan, *Türk Medeni Yargılama Hukuku*, s. 133; Eroğlu, *Uygulamada Konkordato*, s. 287.

<sup>50</sup> RG. 26.02.1983, S. 17971.

*anlaşılırsa; mahkeme, gerekli görürse komiserden gerekçeli bir rapor da alarak, karar verilinceye kadar mühlet hükümlerinin devamına karar verebilir. Bu süre altı aydan fazla olamaz”.*

Uygulamada ilk derece mahkemelerinin mühlet bitmesine rağmen mühlet hükümlerinin devamına ilişkin bir karar vermeden tasdik yargılamasına devam ederek konkordatonun tasdiki kararı verdikleri görülmüştür. Yahut altı aylık uzatma süresi de kullanılmış, sonrasında tasdik kararı verilmiştir. Bu kararlar istinaf edildiğinde BAM, mühlet içinde karar verilmediği gerekçesiyle tasdik talebinin reddine hükmetmiştir. Temyiz başvurusu sonucu dosya önüne gelen Yargıtay ise BAM’ın verdiği kararları, deyim yerindeyse her somut olayda uygun bir gerekçe yaratarak bozmuştur. Oysa burada konkordatonun amacından hareket etmek gerekli ve yeterlidir. Ayrıca ilgili düzenlemelerin sınırları da yok sayılmamalı, konkordatonun tasdikindeki menfaatler ile makul sürede yargılanma hakkı arasında bir denge kurularak çözüme varılmalıdır.

O halde tüm bu anlatılanlar ışığında çeşitli ihtimaller değerlendirilerek şu sonuçlara varılabilir:

1. Dosya ve gerekçeli bir rapor mühlet içinde mahkemeye sunulmuş, yargılama esnasında İİK m. 304/2 kullanılmamış ve kesin mühlet bitmiş, daha sonra karar verilmiş ve verilen karar mühletin bitiminden itibaren altı ay içindeyse, karar geçerli sayılmalı, bozulmamalıdır.

2. Dosya ve gerekçeli bir rapor mühlet içinde mahkemeye sunulmuş, yargılama esnasında m. 304/2’deki altı ayın bir kısmı (örneğin dört ay) kullanılmış, daha sonra karar verilmiş ve verilen karar kalan iki ayın içindeyse, yine karar geçerli sayılmalı ve bozulmamalıdır.

3. Dosya ve gerekçeli bir rapor mühlet içinde mahkemeye sunulmuş, yargılama esnasında İİK m. 304/2 uyarınca altı aylık uzatma süresi kullanılmış ve bitmiş, daha sonra karar verilmiş ise artık karar geçersiz sayılmalı, konkordato talebi usulden reddedilmelidir.

Nihayetinde kararın geç verilmesinden kaynaklı devlet aleyhine tazminat davası açılabilir (HMK m.46). Ayrıca şartları varsa hâkimin disiplin ve cezai sorumluluğu da doğabilir.



## KAYNAKÇA

- Akdeniz, Murat ve Şaban Kayıhan. *Konkordato Hukuku El Kitabı*. İstanbul: Umuttepe Yayınları, 2019.
- Akil, Cenk. *Sorularla Konkordato Hukuku*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2020.
- Akkan, Mine. “Ş 4. Yargı Görevlileri”. *Pekcanitez Usul Medeni Usul Hukuku, C. I*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2017.
- Aktepe Artık, Sezin. *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Medeni Usul Hukukunda Adil Yargılanma Hakkı*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2014.
- Akyol Aslan, Leyla. “7101 sayılı Kanunla Yapılan Değişiklikler Çerçevesinde Adi Konkordatoda Borçlunun Doğrudan Doğruya İflâsına Karar Verilebilecek Haller”. *MİHDER*, Cilt 15 / Sayı 42 (2019/1): (s. 41-104).
- Akyürek, Ayhan ve Remziye Akyürek. *Konkordato Hukuku*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2019.
- Albayrak, Hakan. *İflâs Dışı Adi Konkordatoda Konkordato Mühletinin Sözleşmeler Bakımından Sonuçları*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2020.
- Altay, Sümer. *Konkordato ve Yeniden Yapılanma Hukuku C.1*. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2005.
- Altay, Sümer ve Ali Eskiocak. *Konkordato ve Yeniden Yapılanma Hukuku*. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2018.
- Arar, Kemal. *İcra ve İflâs Hükümleri-İflâs, C. II*. Ankara: İdeal Basım, 1945.
- Arat, Ayşe ve Meltem Ercan Özler. “Konkordato-İbra İlişkisi Çerçevesinde Konkordatonun Bir Tür İbra Olup Olmadığı Sorunu”. *Terazi Hukuk Dergisi*, Cilt 13 / Sayı 145 (Eylül 2018): (s. 14-28).
- Arslan, Ramazan, Ejder Yılmaz, Sema Taşpınar Ayvaz ve Emel Hanağası. *Medeni Usul Hukuku*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2022.
- Arslan, Ramazan, Ejder Yılmaz, Sema Taşpınar Ayvaz ve Emel Hanağası. *İcra ve İflâs Hukuku*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2021.
- Arslan Ramazan ve Süha Tanrıver. *Yargı Örgütü Hukuku Ders Kitabı*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2021.
- Atalay, Oğuz. “Konkordato Talebi Üzerine İcra Takiplerinin İhtiyati Tedbirle Durdurulması”. *Legal Hukuk Dergisi*, Cilt 11 / Sayı 125 (2013): (s. 23- 34).
- Atalay, Oğuz. “Konkordato Reformu Hakkında Değerlendirmeler”. *7101 sayılı Kanunla Konkordato ve Elektronik Tebligat Konularında Getirilen Yenilikler*, Editör: Muhammet Özekes. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2018: (s. 111-134).
- Atalı, Murat. “Konkordatoda Kesin Mühlet ve Sonuçları”. *7101 sayılı Kanunla Konkordato ve Elektronik Tebligat Konularında Getirilen Yenilikler*, Editör: Muhammet Özekes. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2018: (s. 85-110).
- Atalı, Murat, İbrahim Ermenek, ve Ersin Erdoğan. *Medeni Usul Hukuku*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2021.
- Atalı, Murat, İbrahim Ermenek, ve Ersin Erdoğan. *İcra ve İflâs Hukuku*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2022.
- Aydemir, Efrail. *Konkordato ve Yeniden Yapılandırma*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2019.
- Baygöl, Nurhak. “İflâs İçi Konkordatoda Teminat”, *Prof. Dr. Saim Üstündağ’a Armağan*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2009: (s. 153-168).
- Belgesay, Mustafa Reşit. *İcra ve İflâs Hukuku Sentetik Bölüm Konkordato-İflâs-İptal Davası Tahliye, C.2*. İstanbul: İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1953.
- Berkin, Necmeddin. *İflâs Hukuku*. İstanbul: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1972.
- Berkin, Necmeddin. *İflâs Hukukunda Konkordato*. İstanbul: İsmail Akgün Matbaacılık, 1949.

- Berkin, Necmeddin. *Tatbikatçılara İflâs Hukuku Rehberi*. İstanbul: Filiz Kitabevi, 1980.
- Berkin, Necmeddin. "Konkordato Akdi ve Konkordatonun Hukuki Mahiyeti". *İBD*, Cilt XXIII / Sayı 4, (1949): (s. 193-213).
- Bilge, Necip ve Ergun Önen. *Medeni Yargılama Hukuku Dersleri*. Ankara: Sevinç Matbaası, 1978.
- Budak, Ali Cem ve Varol Karaaslan. *Medeni Usul Hukuku*. İstanbul: Filiz Kitabevi, 2021.
- Budak, Ali Cem ve Müjgan Tunç Yücel. "Madde 290". *Yeni Konkordato Hukuku 7101 sayılı Kanunla Değişik İcra ve İflâs Kanunu m. 285-309 Şerhi*, Editör: Selçuk Öztekin. Ankara: Adalet Yayınevi, 2018: (s. 175-186).
- Budak, Ali Cem ve Serdar Kale. "Madde 304". *Yeni Konkordato Hukuku 7101 sayılı Kanunla Değişik İcra ve İflâs Kanunu m. 285-309 Şerhi*, Editör: Selçuk Öztekin. Ankara: Adalet Yayınevi, 2018: (s. 353-360).
- Buruloğlu, Enver ve Yuda Reyna. *Konkordato Hukuku ve Tatbikat*. İstanbul: Yörük Matbaası, 1968.
- Çukacı, Yusuf Cahit. *Konkordato*. Bursa: Ekin Yayınevi, 2019.
- Doğan, Emsalgül. *Konkordatonun Tasdiki Yargılaması*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2020.
- Duran, Rukiye. "Konkordato Mühletinin Uzatılması". *Akademik Yaklaşımlar Dergisi*, Cilt 10 / Sayı 1 (İlkbahar 2019): (s. 57-71).
- Duran, Rukiye. *Konkordato Mühleti ve Alacaklılar Bakımından Sonuçları*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2020.
- Erdoğan, Gülnur. *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Medeni Yargıda Adil Yargılanma Hakkı*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2011.
- Erdönmez, Güray. "§ 5. Usul İşlemleri". *Pekcanitez Usul Medeni Usul Hukuku, C. I*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2017: (s. 433-544).
- Erdönmez, Güray. "§ 8. Medeni Usul Hukukuna Hâkim Olan İlkeler". *Pekcanitez Usul Medeni Usul Hukuku, C. I*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2017: (s. 775-922).
- Eriş, Gönen. *Uygulamalı İflâs ve Konkordato Hukuku*. Ankara: Aydın Yayınları, 1991.
- Eroğlu, Orhan. *Uygulamada Konkordato*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2023.
- Görgün, L. Şanal, Levent Börü ve Mehmet Kodakoğlu. *Medeni Usul Hukuku*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2022.
- Görgün, L. Şanal, Levent Börü ve Mehmet Kodakoğlu. *İcra ve İflâs Hukuku*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2022.
- Gürdoğan, Burhan. *İflâs Hukuku Dersleri*. Ankara: Ajans-Türk Matbaası, 1966.
- Hatipoğlu, Yüksel. "Konkordatonun Tasdiki Şartları ve Usule İlişkin Hükümleri". *Adalet Dergisi*, Cilt 92 / Sayı 8 (2001): (s. 171-199).
- Ildır, Gülgün. *Alternatif Uyuşmazlık Çözümü Medeni Yargıya Alternatif Yöntemler*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2003.
- Işık, Serpil. "7101 Sayılı Kanunla Yapılan Değişiklikler Çerçevesinde Adi Konkordatoda Mühletin Müstakbel Alacaklıların Devri Üzerindeki Etkisi". *MÜHF-HAD*, Cilt 28 / Sayı 1 (Haziran 2022): (s. 407-440).
- İnceoğlu, Sibel. *İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı*. İstanbul: Beta Yayıncılık, 2013.
- Kale, Serdar. *Sorularla Konkordato*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2017.
- Kale, Serdar. "İflâs İçerisinde Adi Konkordato Uygulamasında Ortaya Çıkan Bazı Sorunlar", *MİHBİR 13. Antalya Toplantısı, Yeniden Yapılandırılması Gereken Bir Kurum Olarak İflâs ve Konkordatonun İşlememesinin Sebeppleri*, Ankara: Türkiye Adalet Akademisi Yayınları, 2017.
- Kaplan, İbrahim. *Yeni Türk Konkordato Hukuku*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2019.

- Karakaş, Cemal Fazıl. "Konkordato Başvurusu ve Başvuruya Eklenecek Belgeler". *7101 sayılı Kanun Çerçevesinde Konkordato MİHBİR 16. Antalya Toplantısı*. Ankara: Adalet Bakanlığı Yayınları, 2019: (s. 29-40).
- Karslı, Abdurrahim, *Medeni Muhakeme Hukuku*. İstanbul: Alternatif Yayıncılık, 2012.
- Kılıçoğlu, Evren. "İflâsın Ertelenmesinin Konkordato ve Uzlaşma Yoluyla Yeniden Yapılandırma Kurumlarıyla Karşılaştırılması". *Prof. Dr. Yavuz Alangoya İçin Armağan*. İstanbul: Beta Yayıncılık, 2007: (s. 451-468).
- Kuru, Baki. *İcra ve İflâs Hukuku El Kitabı*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2013.
- Kuru, Baki. *İcra ve İflâs Hukuku, C.4*. İstanbul: Alfa Yayıncılık, 1997.
- Kuru, Baki. *İflâs ve Konkordato Hukuku*. İstanbul: Evrim Yayıncılık, 1988.
- Kuru, Baki. *İstinaf Sistemine Göre Yazılmış İcra ve İflâs Hukuku Ders Kitabı*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2018.
- Kuru, Baki. *Medeni Usul Hukuku El Kitabı, C. II*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2020.
- Muşul, Timuçin. *İflâs ve Konkordato Hukuku Uzlaşma Yoluyla Yeniden Yapılandırma*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2018.
- Muşul, Timuçin. *Medeni Usul Hukuku*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2009.
- Namlı, Mert. "Türk ve İsviçre Hukukunda Gerçekleştirilen Reformların Konkordato Hukuku Bakımından Getirdiği Değişiklikler". *Yargıtay Dergisi*, Cilt 44 / Sayı 4 (Ekim 2018): (s. 1479-1552).
- Oruç, Murat, Özgür Çatıktaş ve Cafer Şekinci. *Hukuki ve Mali Yönleriyle Konkordato*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2019.
- Öktemer, Semih. "Konkordatoda Teminat Sorunu", *Yargıtay Dergisi*, Cilt 1 (1977): (s. 159-163).
- Özekes, Muhammet. "Konkordatoya Başvuru ve Geçici Mühlet Kararı". *7101 sayılı Kanunla Konkordato ve Elektronik Tebligat Konularında Getirilen Yenilikler*, Editör: Muhammet Özekes. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2018: (s. 43-83).
- Öztek, Selçuk. "Madde 285". *Yeni Konkordato Hukuku 7101 sayılı Kanunla Değişik İcra ve İflâs Kanunu m. 285-309 Şerhi*, Editör: Selçuk Öztek. Ankara: Adalet Yayınevi, 2018: (s. 103-129).
- Öztek, Selçuk. "Türk Hukukunda ve Uygulamasında Ödeme Güçlüğü İçindeki İşletmelerin Rehabilitasyonu: İmkânlar, Aksaklıklar ve Çözüm Önerileri". *Türk, İngiliz ve ABD Hukukunda İşletmelerin Ödeme Güçlüğü Sorunları ve Banka İlişkileri Sempozyumu*. İstanbul: İSO, 1993: (s. 240-248).
- Öztek, Selçuk ve Müjgan Tunç Yücel. "Madde 302", *Yeni Konkordato Hukuku 7101 sayılı Kanunla Değişik İcra ve İflâs Kanunu m. 285-309 Şerhi*, Editör: Selçuk Öztek. Ankara: Adalet Yayınevi, 2018: (s. 333-351).
- Pekcanitez, Hakan. "7101 sayılı Kanunla Getirilen Konkordato Hükümlerinin Değerlendirilmesi". *7101 sayılı Kanun Çerçevesinde Konkordato MİHBİR 16. Antalya Toplantısı*. Ankara: Adalet Bakanlığı Yayınları, 2019: (s. 157-167).
- Pekcanitez, Hakan. "Tartışmalar". *7101 sayılı Kanun Çerçevesinde Konkordato MİHBİR 16. Antalya Toplantısı*. Ankara: Adalet Bakanlığı Yayınları, 2019: (s. 75-88).
- Pekcanitez, Hakan ve Güray Erdönmez. *7101 Sayılı Kanun Çerçevesinde Konkordato*. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2018.
- Pekcanitez, Hakan ve Güray Erdönmez. "7101 Sayılı Kanunla Yürürlüğe Giren Konkordato Hükümlerinin Değerlendirilmesi". *Bankacılar Dergisi*, Sayı 105 (2018): (s. 108-156).
- Pekcanitez, Hakan, Oğuz Atalay ve Muhammet Özekes. *Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2021.
- Pekcanitez, Hakan, Oğuz Atalay, Meral Sungurtekin Özkan ve Muhammet Özekes. *İcra ve İflâs Hukuku Ders Kitabı*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2022.

- Postacıoğlu, İlhan. *Konkordato*. İstanbul: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, 1965.
- Postacıoğlu, İlhan ve Sümer Altay. *Medeni Usul Hukuku Dersleri*. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2015.
- Rüzgaresen, Cumhur. *Medeni Muhakeme Hukukunda Usul Ekonomisi İlkesi*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2013.
- Sarisözen, Murat Serhat: "Usul Ekonomisi İlkesinin Hukuk Muhakemeleri Kanunu'ndaki Yansımaları". *Fatih Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 1 / Sayı 1 (Ocak 2013): (s. 63-90).
- Sarisözen, Serhat. *İcra-İflâs ve Konkordato Hukukundaki Yenilikler*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2019.
- Sarisözen, Serhat. "Geçici ve Kesin Mühlet Kararı". *7101 sayılı Kanun Çerçevesinde Konkordato MİHBİR 16. Antalya Toplantısı*. Ankara: Adalet Bakanlığı Yayınları, 2019: (s. 41-73).
- Sarisözen, Serhat. *Konkordato*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2021.
- Simil, Cemil. *Konkordatoda Mühletin Borçlu Bakımından Sonuçları*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2020.
- Sungurtekin Özkan, Meral. *Türk Medeni Yargılama Hukuku*. İzmir: Barış Yayınları, 2013.
- Tanrıver, Süha. "4949 Sayılı İcra ve İflâs Kanunu'nda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un Adi Konkordato ile İlgili Hükümlerde Getirmiş Olduğu Değişikliklerin Tespiti ve Değerlendirilmesi". *Makalelerim I (1985-2005)*. Ankara: Asil Yayın Dağıtım, 2005: (s. 347-370).
- Tanrıver, Süha. "Konkordato Mühletinin Uzatılması". *Makalelerim I (1985-2005)*. Ankara: Asil Yayın Dağıtım, 2005: (s. 313-316).
- Tanrıver, Süha. "Konkordato Mühletinin Kaldırılması", *Makalelerim I (1985-2005)*, Ankara: Asil Yayın Dağıtım, 2005: (s. 317-324).
- Tanrıver, Süha. "Hukuk Yargısı (Medeni Yargı) Bağlamında Adil Yargılanma Hakkı". *TBBD*, Sayı 53 (2004): (s. 191-215).
- Tanrıver, Süha. "Konkordato Prosedürünün İslahı ile İlgili Bazı Düşünceler". *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 50 / Sayı 3 (2001): (s. 1-9).
- Tanrıver, Süha. "İflâs Dışı Konkordato Bakımından Tasdik Şartı Olarak Teminat". *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 44 / Sayı 1-4 (1995): (s. 209-220).
- Tanrıver, Süha. "İflâs Dışı Adi Konkordatoya İlişkin Güncel Sorunlar ve Bazı Değerlendirmeler". *Türk, Alman ve İsviçre Hukukunda İflâs, Konkordato ve Noterlik Alanındaki Gelişmeler MİHBİR 8. Abant Toplantısı*. Ankara: Türkiye Barolar Birliği Yayınları, 2010: (s. 255-280).
- Tanrıver, Süha. *Konkordato Komiseri*. Ankara: Yetkin Yayınları, 1993.
- Tanrıver, Süha. *Medeni Usul Hukuku, C. I*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2021.
- Tanrıver, Süha ve Adnan Deyneki. *Konkordatonun Tasdiki*. Ankara: Yetkin Yayınları, 1996.
- Taşpınar Ayvaz, Sema. "İcra ve İflâs Hukukunda Hükümsüz İşlemler ve Hükümsüzlük". *Prof. Dr. Ramazan Arslan'a Armağan, C.2*, Editörler: Emel Hanağası ve Mustafa Göksu. Ankara: Yetkin Yayınları, 2015: (s. 1539-1554).
- Tikveş, Özkan. *İçtihatlarla Açıklamalı İcra ve İflâs Kanunu*. İstanbul: Acar Matbaacılık, 1990.
- Toraman, Barış. "Konkordato Müessesesi Hakkında 7101 Sayılı Kanunla Getirilen Yeniliklerin Kanun Yollarına İlişkin Hükümleri Bakımından Değerlendirilmesi". *7101 sayılı Kanun Çerçevesinde Konkordato MİHBİR 16. Antalya Toplantısı*. Ankara: Adalet Bakanlığı Yayınları, 2019: (s. 207-225).
- Tunç Yücel, Müjgan. *Konkordato Mühletinin Alacaklılar Bakımından Sonuçları*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2020.

- Turan, Hüseyin. "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihatlarında Makul Sürede Yargılanma Hakkı". *TAAD*, Sayı 11, Yıl 3 (Ekim 2012): (s. 47-75).
- Ulukapı, Ömer. *Konkordatonun Feshi*. Konya: Mimoza Yayınları, 1998.
- Uyar, Talih. *Yeni Konkordato Hukukumuzun Temel İlkeleri*. Ankara: Bilge Yayınevi, 2019.
- Uyar, Talih. "Konkordatonun Tasdiki". *Ali Güneren'e Armağan*. İstanbul: İstanbul Barosu Yayınları, 2010: (s. 121-129).
- Üstündağ, Saim. *İflâs Hukuku İflâs, Konkordato, İptal Davaları*. İstanbul: Fakülteler Matbaası, 2002.
- Üstündağ, Saim. *Medeni Yargılama Hukuku, C. I*. İstanbul: Formül Matbaası, 1984.
- Yavuz, Mustafa. "Son Düzenlemeler Işığında Mahkemelerce Verilen Konkordato Mühletinin Alacaklılar ve Borçlu Bakımından Sonuçları". *Mali Çözüm Dergisi*, Sayı 147 (Mayıs-Haziran 2018): (s. 159-168).
- Yavuz, Nihat. "Hukuk Usulünde Müddetler". *ABD*, Sayı 2 (Mart-Nisan 1975): (s. 133-140).
- Yılmaz, Ejder. "Hukuk Muhakemeleri Kanununda Süreler". *Prof. Dr. Aydın Zevkliler'e Armağan C. III, (Yaşar Üniversitesi Elektronik Dergisi, Cilt 8 / Özel Sayı (2013))*. İzmir: Birleşik Matbaacılık, 2013: (s. 3167-3190).
- Yılmaz, Ejder. "İflâs ve Konkordato Uygulamasıyla İlgili Bazı Sorunlar Üzerine Düşünceler". *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Sayı 1 (1995): (s. 92-109).
- Yılmaz, Ejder. "Usul Ekonomisi". *AÜHFD*, Cilt 57 / Sayı 1 (2008): (s. 243-274).
- Yılmaz, Ejder. *Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, C. 1*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2017.
- Yılmaz, Ejder. *Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, C. 2*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2017.



İntihal | Plagiarism: Bu makale, en az iki hakem tarafından incelendi ve intihal içermediği teyit edildi.  
| This article has been reviewed by at least two referees and scanned via a plagiarism software.

# TÜRK HUKUKUNDA HÂKİMİN HUKUKİ VE CEZAI SORUMLULUĞU

CIVIL AND CRIMINAL LIABILITY OF THE JUDGE IN TURKISH LAW

Muhammed Halil Ayaklı\*

## ÖZ

İnsanlara ait yaşama, mülkiyet ve özgürlük ve güvenlik hakkı gibi birçok temel değer bakımından kesin hüküm niteliğinde karar verme yetkisine sahip olan hâkimler, oldukça önemli ve sorumluluğu ağır bir görev ifa etmektedir. Zira toplumun huzur ve sükûnu, kamu güven ve düzeninin tesis edilmesi ancak adil bir yargılamanın varlığı ile mümkündür. Bu bakımdan en ufak yabancı unsurla bozulan adaletin tecelli edebilmesi hâkimlerin bağımsız ve tarafsız olmasına bağlıdır. Kanun koyucu, hâkimlerin de hukuka aykırı iş ve işlemlerde bulunabileceği gerçeğini göz önünde bulundurmuş ve gerek hukuki gerekse de cezai anlamda sorumluluğa ilişkin hükümler öngörmüştür. Ancak söz konusu sorumluluk rejimi, hâkimlerin ifa ettikleri görevin önemine binaen, diğer kamu görevlilerinden farklı bir usulde öngörülerek adalet dağıtımının sekteye uğratılmaması istenmiştir. Bunun bir gereği olarak hâkimin hukuki sorumluluğu; gerek Hukuk Muhakemeleri Kanunu gerekse de Ceza Muhakemesi Kanunu'nda sorumluluğa ilişkin sebeplerin tek tek sayılması, sorumluluğun yalnızca ağır kusur yahut kasten verilen zararlarda doğması, davanın sıkı şekil şartlarına bağlanması ve doğrudan hâkime değil devlete karşı açılması gibi hususlar ile hafifletilmiş ve sınırlı bir alana özgülenmiştir. Benzer şekilde hakimin cezai sorumluluğu bakımından da birden fazla makâmın yetkili olduğu, kompleks ve bünyesinde fazlaca aşama içeren bir usul öngörülmüş ve olur olmaz her iddia ile hâkime şüpheli ve sanık sıfatının verilmesine engel olmak istenmiştir.

**Anahtar Kelimeler:** Hâkim, Cumhuriyet Savcısı, Bağımsızlık ve Tarafsızlık, Hukuki Sorumluluk, Cezai Sorumluluk.

\* Türkiye Cumhuriyeti Adalet Bakanlığı  
0000-0003-0074-589X mha.ayakli@gmail.com



Bu eser Creative Commons Alıntı-Gayri Ticari-Türetilmez 4.0 Uluslararası Lisansı ile lisanslanmıştır.  
This work is licensed under a Creative Commons Attribution-NonCommercial-NoDerivatives 4.0 International License.



## ABSTRACT

Judges, who have the power to make final decisions in terms of many fundamental values such as the right to life, property, liberty and security of people, perform a very important and heavy duty. Because the peace and tranquility of the society and the establishment of public trust and order are only possible with the existence of a fair trial. In this respect, the execution of justice, which is disturbed by the slightest foreign element, depends on the independence and impartiality of the judges. The legislator has taken into account the fact that judges may also engage in unlawful acts and transactions, and stipulated provisions regarding their liability in both legal and criminal terms. However, the liability legislation in question, due to the importance of the duty performed by judges, required a different procedure from other public officials to disrupt the provision of justice. As a requirement of this, the legal responsibility of the judge; In both the Code of Civil Procedure and the Code of Criminal Procedure, the reasons for liability are listed one by one, liability arises only in cases of serious fault or intentional damage, the case is subject to strict formal conditions, and is filed against the state rather than the judge directly, and is limited to a limited area. Similarly, in terms of the criminal liability of the judge, a complex procedure involving more than one authority has been authorized, and it has been aimed to prevent the judge from being given the title of suspect and defendant with every possible allegation.

**Keywords:** Judge, Public Prosecutor, Independence and Impartiality, Civil Liability, Criminal Liability.

## GİRİŞ

Hukuk devletinde uyumsuzlukların yegâne çözüm merci mahkemelerdir. Mahkemeler ise hâkimler eliyle iş görür. Bu bakımından adalet dağıtımı hâkimler tarafından gerçekleştirilir. Yargılamayı sevk ve idare etmek hâkimlerin görevidir. Dolayısıyla hâkim kanunu hayata uydu-  
ran ve giydiren kimsedir. Hâkim, sanatkârdır.<sup>1</sup>

Tarihsel süreç içerisinde neredeyse tüm hukuk düzenleri hâkimlik mesleğine eşsiz bir önem atfetmiştir. Bunda adaletin herkes için gerekliliği ve hâkimlerin hükümetten, devlet idaresinden ayrı ve bağımsız bir görev icra etmelerinin mühim bir rol oynadığı şüphesizdir. Hâkimlik mesleğine atfedilen bu önem hâkimlerin diğer kamu görevlilerinden farklı ve üstün bir statüde konumlandırılmasına ve bu statünün gereği olarak birtakım teminatlara sahip olmasına yol açmıştır. Gerçekten de bağımsız ve tarafsız yargının etkin bir şekilde işleyebilmesi için hâkimlerin birtakım teminatlara sahip olması gerekmektedir. Ancak hâkimlere tanınan söz konusu teminatlar onların her türlü denetimden beri olarak görev yapacağı, hiçbir sorumluluğunun olmayacağı ve önlerine gelen somut uyumsuzluklar bakımından kişilere uyguladıkları hukuki hükümlerin kendilerini bağlamayacağı anlamına gelmez.

Hâkim, yargılama görevini ifa ederken verdiği karar veya hüküm dolayısıyla uyumsuzluğun taraflarının zarara uğramasına sebep olabilir. Bu durumda ise sorumluluğu gündeme gelir. Söz konusu sorumluluk hukuki, cezai veya disiplin sorumluluğu olarak tezahür edebilir. Esasen hâkimin sorumluluğu meselesi tarihsel süreç içerisinde her daim üzerinde titizlikle durulan ve tartışılan bir konudur. Genel itibarıyla hukuk düzenleri, sorumluluk rejimi noktasında birtakım farklılıklar öngörmekle birlikte, hâkimlerin de diğer tüm insanlar gibi hukuka aykırı iş ve işlemlerinden sorumlu olması gerektiği hususunda fikir birliği içerisinde. Bu bağlamda ülkemiz bakımından da hâkimlerin de insan olduğu, birtakım zaafırlara sahip olabileceği ve hata edebileceği gerçeği göz önünde bulundurulmuş ve mevzuatımızda hâkimin hukuka aykırı eylemlerinden dolayı hukuki, cezai ve disiplin sorumluluğuna ilişkin hükümler öngörülmüştür.

Çalışmamız kapsamında söz konusu sorumluluk türlerinden hukuki ve cezai sorumluluk, bir bütün halinde ve pozitif hukuk çerçevesinde ele alınacak ve yargı uygulamaları ile birlikte sunulacaktır. Bu bağlamda ilk önce hâkimin sorumluluğu kavramına değinilecek, daha sonra hâkimin hukuki sorumluluğu bahsinde, hâkimin Hukuk Muhakemeleri Kanunu ve Ceza Muhakemesi Kanunu uyarınca sorumluluğu ayrı ayrı ele alınacak ve son olarak ise hâkimin görevden doğan veya görevi nedeniyle işlediği suçlar ve kişisel suçları sebebiyle cezai sorumluluğu incelenecektir.

## I. HÂKİMİN SORUMLULUĞU

Hâkimlik çok önemli bir meslek olmakla birlikte oldukça ağır bir sorumluluğu bulunmaktadır. Yargılama süreci insana ait can, mal ve hürriyet gibi birçok şeye tesir edebilmektedir. Ayrıca toplumun huzur ve sükûnu, kamu güven ve düzeninin sağlanması adil bir yargılama ile

<sup>1</sup> Ali Fuat Başgil, *Hukukun Ana Mesele ve Müesseseleri Konferanslar*, İstanbul: Yağmur Yayınevi, 2008, s.309.

meydana gelir. Dolayısıyla hâkimlik mesuliyeti ve vebali çok büyük bir meslektir. Bu sebepten hâkimler, yargılama faaliyetini gerçekleştirirken çok dikkatli olmalıdır.<sup>2</sup>

Hâkimlerin bağımsız ve tarafsız olması ve bunu sağlamak bakımından hâkimlere tanınan teminatlar, hâkim ve savcılarının mutlak anlamda bir serbestiye, keyfilige sahip oldukları anlamına gelmemektedir.<sup>3</sup> Hukuk devleti olmanın bir gereği yargının da denetlenebilir olması ve dolayısıyla hâkim ve savcılarının hukuka aykırı fiillerinden dolayı sorumlu tutulabilmeleridir.<sup>4</sup>

İlk bakışta hâkimlerin hem bağımsız olduğunun hem de denetlenmesi gereğinin kabulü bir çelişki barındırıyor gibi görünebilir. Ancak yargının, yargılamanın denetlenmesi yine yargıya, hukuka ve temelde adalete hizmet eden bir müessesedir. Yargı erkinin hiçbir denetime tabi tutulmadığı durumlarda hâkimler aristokrasisi, hâkimler diktatoryası yahut hâkimler hükümeti gibi oluşumların meydana geleceği şüphesizdir.<sup>5</sup> Dolayısıyla hukuk devleti olabilmek bakımından yargısal hesap verilebilirliğin sağlanması ve bu surette yargının onurunun, yargıya olan saygı ve güvenin artırılması gerekmektedir.<sup>6</sup> Nitekim yargısı hukuk ile bağlı olmayan bir toplumda yaşayan insanların kendisini güvende hissetmesi mümkün değildir. Anayasamızın yalnızca yasama yahut yürütmeyi değil yargıyı da hukukla bağlı kılmasının temel güdüsü de budur.<sup>7</sup> Dolayısıyla hâkimlerin bağımsızlığı ve birtakım teminatlara sahip olmaları nasıl ki hukuk devletinden söz edebilmek için zorunluysa; hâkimlerin hukuka aykırı fiillerinden dolayı sorumlu tutulmaları da bir o kadar zorunludur.<sup>8</sup>

Hukuka aykırı fiiller genel olarak sorumluluğu doğurmaktadır. Bu sorumluluk cezai sorumluluk şeklinde olabileceği gibi mali yani hukuksal sorumluluk biçiminde de olabilir.<sup>9</sup> Ayrıca kamu görevlileri bakımından disiplin sorumluluğundan da söz edilmektedir. Yargılama faaliyetini yerine getiren hâkimlerin hukuka uygun davranıp davranmadıkları çok çeşitli yollarla denetlenebilir. Bunlar mahkeme kararlarının kanun yolu denetimine tabi tutulması yahut belirli dönemlerde mahkeme ya da hâkimlerin yetkili birtakım organlarca denetlenmesi ve sorumluluklarına gidilmesi şeklinde gerçekleşebilir.<sup>10</sup>

Hâkimlerin muhtemel ve mümkün hata ve kusurlarına karşılık yargıyı ve bireyleri garanti altına alabilmenin en temel ve iyi yolu hâkimin hata yapmasını engellemektir. Bunun için birçok tedbir alınabileceği gibi bu tedbirlerin en başında hâkimlerin mesleğe kabulünde ve

<sup>2</sup> Melikşah Aydın, *İslam ve Osmanlı Hukukunda Hâkimlik ve Hâkimlerin Nitelikleri*, Ankara: Adalet Yayınevi, 2016, s.176.

<sup>3</sup> Hasan Tahsin Gökcan ve Mustafa Artuç, *Kamu Görevlisi ve Özel Soruşturma Usulleri (Memur Yargılaması)*, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2008, s.606; Muharrem Özen, *Hakimin Cezai Sorumluluğu*, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2004, s.141; Hasan Tahsin Fendoğlu, *Türk Hukuk Tarihi*, İstanbul: Filiz Kitabevi, 2000, s.365.

<sup>4</sup> Eylem Baş, "Hâkimlerin ve Savcılarının Disiplin Yönünden Soruşturulmaları ve İşledikleri Suçlar Nedeniyle Yargılanmaları", *Ankara Barosu Dergisi* 3 (2016), s.268.

<sup>5</sup> Fendoğlu, *Türk Hukuk Tarihi*, s.366.

<sup>6</sup> Sezai Aydınalp, *Hâkimlerin Hukuki Sorumluluğu*, Ankara: Dayınlarlı Hukuk Yayınları, 1997, s.98; Selman Eskiler, *Hakim ve Savcılarının Disiplin, Cezai ve Hukuki Sorumlulukları*, Ankara: Adalet Yayınevi, 2020, s.24; Özen, *Hakimin Cezai Sorumluluğu*, s.26.

<sup>7</sup> Kemal Gözler, *Türk Anayasa Hukuku Dersleri*, Bursa: Ekin Basım Yayın Dağıtım, 2015, s.84.

<sup>8</sup> Ahmet M. Kılıçoğlu, "Hâkimlerin Hukuki Sorumluluğu", *AÜHF* 30/1-4 (1973), s.232; Aydınalp, *Hâkimlerin Hukuki Sorumluluğu*, s.83.

<sup>9</sup> Şeref Gözübüyük, *Hukuka Giriş ve Hukukun Temel Kavramları*, Ankara: Turhan Kitabevi, 1993, s.165.

<sup>10</sup> Özen, *Hakimin Cezai Sorumluluğu*, s.142.

adaylık döneminde eğitim sürecindeki müfredat ve uygulamalardan başlamak gerekmektedir.<sup>11</sup> Ancak hâkimler mesleğe alınırken ne kadar titiz davranılırsa davranılsın ne kadar üstün özellikler aranırsa aransın onların da insan olduğu hususu göz ardı edilmemelidir. Hâkimlerin de her insan gibi zaafı olabilir yahut mesleğin verdiği yetki ile güç zehirlenmesi yaşayabilir. İstenmeyen bir şekilde görev ifa edebilir ve bunun bir sonucu olarak kişilere haksızlık etmiş ve zarar vermiş olabilir. Bu gibi durumlar söz konusu olduğunda ise hâkimlerin görevlerini ifa ederken meydana getirdikleri zararlı neticelerden sorumlu olup olmayacağı hususu gündeme gelecektir.<sup>12</sup> Dolayısıyla yargılama faaliyetini icra eden ve kesin hüküm verme gibi bir gücü elinde bulunduran hâkimlerin bu kararlarından sorumluluğu konusu önemli bir hukuk politikası sorunu olarak karşımıza çıkmaktadır.<sup>13</sup>

Adalet dağıtmakla görevli hâkimin hukuka aykırı fiilinin diğer kamu görevlileri yahut vatandaşlar bakımından çok daha vahim olduğu, söz konusu hukuka aykırı fiilin toplumda çok daha derin bir yara açacağı şüphesizdir.<sup>14</sup> Dolayısıyla yasal ve haklı birtakım nedenlerin varlığı halinde hâkimlerin sorumluluğuna gidilebilmesi gerekmektedir. Ancak bu durum hâkimlerin yasama yahut yürütme organına karşı değil; adına yargılama yaptıkları millete, topluma karşı sorumlu olacakları anlamına gelmektedir.<sup>15</sup>

Kanun koyucu hâkimlerin de hata edebileceği gerçeğini göz önünde bulundurmuş ve hâkimlerin ifa ettikleri görevin önemine binaen diğer kamu görevlilerinden farklı bir sorumluluk rejimi öngörmüştür. Bu farklılık, hâkimlerin yargılama faaliyetini yerine getirirken gereksiz yere rahatsız edilmemesi ve bu sebeple adalet dağıtımının gecikmesinin önlenmesi bakımındandır.<sup>16</sup> Buna göre hâkimlerin sorumluluğu hukuki, cezaî veya disiplin sorumluluğu olarak tezahür edebilecektir.

Hâkimlerin hukuki sorumluluğu, hukuka aykırı bir eylem ile taraflardan birinin zararına sebep olan hâkimin, tazminat ödemesini ve dolayısıyla zarara uğrayan kişinin hâkim aleyhine tazminat davası açabilmesini ifade etmektedir.<sup>17</sup>

Hâkimlerin cezaî sorumluluğu, hâkimlerin ceza kanunlarına göre suç teşkil eden hukuka aykırı eylemlerinden dolayı yargılanıp cezalandırılabilmesini ifade etmektedir.<sup>18</sup>

<sup>11</sup> Aydınalp, *Hâkimlerin Hukuki Sorumluluğu*, s.77.

<sup>12</sup> Osman Ermumcu, *Hâkimlerin Hukuki Sorumluluğu*, Ankara: Adalet Yayınevi, 2013, s.38; Eskiler, *Hâkim ve Savcılar Disiplin, Cezaî ve Hukuki Sorumlulukları*, s.26.

<sup>13</sup> Ramazan Arslan vd., *Medenî Usul Hukuku*, Ankara: Yetkin Basımevi, 2018, s.128; Karşılaştırmalı hukukta hâkimin sorumluluğuna dair geniş bilgi için bkz. Özen, *Hâkimin Cezaî Sorumluluğu*, s.124 vd.

<sup>14</sup> Ermumcu, *Hâkimlerin Hukuki Sorumluluğu*, s.37.

<sup>15</sup> Baş, "Hâkimlerin ve Savcılar Disiplin Yönünden Soruşturulmaları ve İşledikleri Suçlar Nedeniyle Yargılanmaları", s.270.

<sup>16</sup> Hakan Pekcanitez vd., *Medenî Usul Hukuku Ders Kitabı*, Ankara: Yetkin Basımevi, 2013, s.130.

<sup>17</sup> Gözübüyük, *Hukuka Giriş ve Hukukun Temel Kavramları*, s.165; Kılıçoğlu, "Hâkimlerin Hukuki Sorumluluğu", s.232; Mehmet Demir, "Hâkime Hukuksal Sorumluluğu Nedeniyle Açılan Tazminat Davası", *AÜEHFD* 7/3-4 (2003), s.807; Baş, "Hâkimlerin ve Savcılar Disiplin Yönünden Soruşturulmaları ve İşledikleri Suçlar Nedeniyle Yargılanmaları", s.268.

<sup>18</sup> Kılıçoğlu, "Hâkimlerin Hukuki Sorumluluğu", s.232; Demir, "Hâkime Hukuksal Sorumluluğu Nedeniyle Açılan Tazminat Davası", s.807; Baş, "Hâkimlerin ve Savcılar Disiplin Yönünden Soruşturulmaları ve İşledikleri Suçlar Nedeniyle Yargılanmaları", s.268.

Hâkimlerin disiplin sorumluluğu ise hâkimlik mesleğini ve bu mesleğe ait disiplini düzenleyen kurallara aykırı davranan hâkimlerin idare hukuku ilkeleri gereğince bir disiplin yaptırımına tabi tutulabilmesidir.<sup>19</sup>

Biz de çalışmamız kapsamında hâkimin hukuki ve cezai sorumluluğunu ve bu sorumluluk biçimlerinin kapsamını incelemeye çalışacağız.

## II. HÂKİMİN HUKUKİ SORUMLULUĞU

Hâkimlerin yargılama görevini yerine getirirken kasten yahut ihmalkârlık ile taraflardan birine ya da her ikisine zarar vermeleri durumunda hukuki sorumluluğun doğup doğmayacağı hususu tarihsel süreç içerisinde her daim tartışılan bir konu olmuştur.<sup>20</sup> Bu bağlamda doktrinde bir grup yazar hâkimlerin hukuki sorumluluğunun olmaması<sup>21</sup>, diğer grup ise olması<sup>22</sup> yönünde görüş ileri sürmüştür. Bu konuda üçüncü bir görüş hâkimlerin hukuki sorumluluğunun olmasını ancak bu sorumluluğun onları korkutmayacak biçimde, sınırlı ve katı kurallara bağlı bulunması gerektiğini savunmaktadır.<sup>23</sup>

Hâkimlerin verdikleri bütün hatalı kararlardan sorumlu tutulmaları, vicdani kanaatlerini serbestçe kullanmalarına engel olacaktır. Öte yandan hâkimlerin verdikleri hiçbir karardan sorumlu olmadığı kabul edildiğinde de bu durum keyfiliğe yol açacağı<sup>24</sup> gibi verdikleri en doğru kararların bile tartışmalı hale gelmesine ve dolayısıyla hâkimin sürekli zan altında kalmasına sebep olacaktır.<sup>25</sup>

Verdiği her kararın aleyhine bir tazminat davası olarak geri dönebileceğini düşünen hâkim; ürkek, kararsız ve tarafsızlıktan uzak olabilir.<sup>26</sup> Dolayısıyla hâkimlerin sorumluluk rejimine ilişkin özel birtakım düzenlemeler yapılmalı ve bu düzenlemelerle bir yandan hâkimin görevini layıkıyla yapmasına engel olacak biçimde aleyhine açılacak olan haksız ve mesnetsiz tazminat davaları önlenmeli diğer yandan ise davanın tarafları korunmalıdır. Bu itibarla

<sup>19</sup> Kılıçoğlu, “Hâkimlerin Hukuki Sorumluluğu”, s.232; Demir, “Hakime Hukuksal Sorumluluğu Nedeniyle Açılan Tazminat Davası”, s.807; Baş, “Hâkimlerin ve Savcıların Disiplin Yönünden Soruşturulmaları ve İşledikleri Suçlar Nedeniyle Yargılanmaları”, s.268.

<sup>20</sup> Aydınalp, *Hâkimlerin Hukuki Sorumluluğu*, s.77; Ermumcu, *Hâkimlerin Hukuki Sorumluluğu*, s.40.

<sup>21</sup> Hâkimlerin hukuki sorumluluğunu kabul etmeyen görüşe ilişkin geniş bilgi için bkz. Kılıçoğlu, “Hâkimlerin Hukuki Sorumluluğu”, s.233-234; Erdal Tercan, *Hâkimlerin Sorumluluğu*, Ankara: Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 1988, s.10-11; Aydınalp, *Hâkimlerin Hukuki Sorumluluğu*, s.81-82; Ermumcu, *Hâkimlerin Hukuki Sorumluluğu*, s.44-46.

<sup>22</sup> Hâkimlerin hukuki sorumluluğunu kabul eden görüşe ilişkin geniş bilgi için bkz. Kılıçoğlu, “Hâkimlerin Hukuki Sorumluluğu”, s.234-235; Tercan, *Hâkimlerin Sorumluluğu*, s.8-9; Aydınalp, *Hâkimlerin Hukuki Sorumluluğu*, s.82-83; Ermumcu, *Hâkimlerin Hukuki Sorumluluğu*, s.41-43.

<sup>23</sup> Ermumcu, *Hâkimlerin Hukuki Sorumluluğu*, s.41.

<sup>24</sup> Arslan vd., *Medenî Usul Hukuku*, s.128.

<sup>25</sup> Aydınalp, *Hâkimlerin Hukuki Sorumluluğu*, s.98.

<sup>26</sup> “... Gerçekten, hâkimlerin diğer Devlet Memurlarının tabi buldukları sorumluluk esaslarına bağlanmaları, yaptıkları her işlemin aleyhlerine bir tazminat davasına yol açabileceğini düşünmelerine ve bunun sonucu olarak tereddüt içinde kalmalarına yol açabilir...” Yargıtay HGK., E. 2022/517, K. 2022/1013, 22.06.2022.

hâkimin sorumluluk rejimine ilişkin söz konusu hassas denge iyi kurulmak ve korunmak zorundadır.<sup>27</sup>

Türk hukukunda kanun koyucunun, hâkimin sorumluluğuna ilişkin görüşleri değerlendirerek ortalama bir yol tercih ettiği görülmektedir.<sup>28</sup> Buna göre hâkimin sorumluluğu belirli sebeplerin varlığına bağlı ve ikincil bir sorumluluktur. Devlet ise bu hususta doğrudan muhatap alınarak birincil sorumlu kabul edilmiştir.<sup>29</sup> Biz de çalışmamız kapsamında mevzuatımızda gerek 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu kapsamında öngörülen hukuk hâkiminin hukuki sorumluluğunu gerekse de 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu kapsamında öngörülen ceza hâkimi ve cumhuriyet savcısının hukuki sorumluluğunu incelemeye çalışacağız.<sup>30</sup>

### A. HUKUK MUHADEMELERİ KANUNU UYARINCA HÂKİMİN HUKUKİ SORUMLULUĞU

HMK'de hâkimin hukuki sorumluluğu 46 ila 49. maddeler arasında düzenlenmiştir.<sup>31</sup> HMK md. 46'da hâkimin yargısal faaliyetlerinden dolayı açılacak tazminat davasının devlet aleyhine açılması gerektiği ifade edilmiş,<sup>32</sup> hâkimlerin bu davalarla sık sık karşı karşıya kalmaktan korunması için dava sıkı şekil şartlarına bağlanmıştır. Dolayısıyla HMK bağlamındaki hukuki sorumluluk çok sınırlı bir alana özgülenmiştir.<sup>33</sup>

Bu bakımdan hâkimin hukuki sorumluluğunun sınırlarını çizebilmek noktasında sorumluluğun şartlarını irdelemek ve tespit etmek önem arz etmektedir.

<sup>27</sup> Aydınalp, *Hâkimlerin Hukuki Sorumluluğu*, s.84, 99; Hâkim tarafından verilen kesinleşmiş hükmün hukuka uygunluğu yahut aykırılığı tartışılmaz. Ancak bunun istisnası, yargılamanın yenilenmesidir. Hâkimin hukuki sorumluluğu da dışarıdan böyle bir istisnai yol gibi görünse de burada esas mesele verilen kararın değiştirilmesi değil, kararın verilmesiyle doğan zararın giderilmesi gayesidir. Dolayısıyla hâkimin hukuki sorumluluğu kavramı kesin hüküm ilkesinin bir istisnası değildir. Kılıçoğlu, "Hâkimlerin Hukuki Sorumluluğu", s.232.

<sup>28</sup> Kılıçoğlu, "Hâkimlerin Hukuki Sorumluluğu", s.237; Karşılaştırmalı hukukta hâkimin hukuki sorumluluğu için bkz. Ermumcu, *Hâkimlerin Hukuki Sorumluluğu*, s.60.

<sup>29</sup> Arslan vd., *Medenî Usul Hukuku*, s.128; Pekcanitez vd., *Medenî Usul Hukuku Ders Kitabı*, s.130.

<sup>30</sup> Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 46 vd. maddelerinden önce yürürlükte bulunan 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 575 ve 576. maddeleri, 6110 sayılı kanunun 14. maddesi ile yürürlükten kaldırılmış ve HUMK'un 573. maddesi "*Hâkimlerin yargılama faaliyetlerinden dolayı aşağıdaki sebeplere dayanılarak devlet aleyhine tazminat davası açılabilir.*" şeklinde değiştirilmiştir. Yine 6110 sayılı kanunun 12. maddesi ile 2802 sayılı Hakimler ve Savcılar Kanun'una 93/A maddesi eklenerek, hakimlerin yargısal faaliyet icra ettiği sırada verecekleri zararlar bakımından, bu zararlar kişisel kusurlarından, haksız fiillerinden ya da hangi sebepten doğarsa doğsun tazminat davasının -hukuk ve ceza hakimi ayrımı olmadan- yalnızca devlete karşı açılabileceği ifade edilmiştir. Ancak ilgili madde 6526 sayılı kanun ile kaldırılmış ve daha sonra 6545 sayılı kanunla CMK'nin 141. maddesinde ceza hâkimleri ve cumhuriyet savcılarının hukuki sorumluluğu düzenleme altına alınmış ve hukuk hâkimine nazaran devletin sorumluluğu daha geniş tutulmuştur. Ramazan Arslan vd., *Notlu – Gerekeçli Hukuk Muhakemeleri Kanunu ve İlgili Mevzuat*, (Ankara: Yetkin Basımevi, 2018), s.100.

<sup>31</sup> HMK md. 46'daki hâkim kavramını geniş anlamda hâkim olarak anlamak gerekmektedir. Buna göre hâkim, ilk derece mahkemesi, Bölge Adliye Mahkemesi ve Yargıtay başkan ve üyelerini de kapsamaktadır. Pekcanitez vd., *Medenî Usul Hukuku Ders Kitabı*, s.130.

<sup>32</sup> Devletin birincil sorumluluğunun kabulüyle gerçekten mağdur olmuş tarafın zararının tam ve eksiksiz olarak giderilmesi de sağlanmaya çalışılmıştır. Pekcanitez vd., *Medenî Usul Hukuku Ders Kitabı*, s.130; Bu düzenlemenin amacı hâkimin bağımsız ve tarafsız, hukuka uygun vicdanına göre adaletin tecellisini sağlaması ve toplumda yargıya ve adaletin dağıtılmasına duyulan güvenin pekiştirilmesidir. Demir, "Hakime Hukuksal Sorumluluğu Nedeniyle Açılan Tazminat Davası", s.823.

<sup>33</sup> Kılıçoğlu, "Hâkimlerin Hukuki Sorumluluğu", s.235; Hâkimin sorumluluğu konusunda HMK'nin kabul ettiği sistem sınırlı sebeplerle doğan ve kasta yaklaşan kusur sorumluluğudur. Arslan vd., *Medenî Usul Hukuku*, s.129.

## 1. Sorumluluğun Şartları

Sorumluluğun sınırlı bir alana özgülenmesi, sorumluluğun doğması için belli başlı şartların gerçekleşmesini zorunlu kılmaktadır. Buna göre, HMK’de öngörülen hâkimin hukuki sorumluluğu ancak yargısal faaliyetler icra edilirken gündeme gelebilir. Yargısal nitelik taşımayan idari birtakım iş ve işlemler sonucunda meydana gelen zararlar bakımından bu hükümler uygulama alanı bulmayacaktır. Örneğin, mahkeme kaleminin yönetimi, personelin idaresi gibi faaliyetler sırasında verilen zararlar için bu hükümler uygulama alanı bulmaz.<sup>34</sup> Öte yandan hâkimlerin yargısal faaliyet icra ederken meydana gelen zararların tamamı da HMK kapsamına girmemektedir. Örneğin, hâkimlerin yargı yetkisinin kullanılması sırasında duruşmada taraflardan birisine hakaret etmesi gibi kişisel kusur yahut haksız fiilleri dolayısıyla sebep oldukları zararlardan da sorumluluğu bulunmakla birlikte bu sorumluluk HMK 46 vd. maddelerine dayanmamaktadır.<sup>35</sup> Ayrıca hâkimin hukuki sorumluluğuna gidebilmek için hâkime karşı başlatılan bir ceza soruşturması yahut verilmiş bir mahkûmiyet kararına gerek yoktur. Bu husus kanunda açık bir şekilde vurgulanmıştır.

Esasen hâkimin sorumluluğu haksız fiilden doğan bir sorumluluk çeşidi olduğundan<sup>36</sup> hâkimin sorumluluğunun doğabilmesi için, her ne kadar kanun metninde ayrıca ve açıkça bahsedilmemiş olsa da, haksız fiilden doğan sorumlulukta aranan, hukuka aykırı bir davranış, kusur, zarar ve nedensellik bağının varlığına ilişkin şartlar aranacaktır.<sup>37</sup> Dolayısıyla bu şartlardan herhangi birinin eksik olması halinde hâkimin hukuki sorumluluğundan söz edilemeyecektir.<sup>38</sup>

### a) Sorumluluğu Doğuran Hukuka Aykırı Davranış

Hâkimin hukuki sorumluluğu için ilk önce kendisine yüklenebilen hukuka aykırı bir davranışın varlığı gerekmektedir.<sup>39</sup> Ancak yukarıda ifade ettiğimiz üzere, kanun koyucunun benimsediği sistem sebebiyle, hâkimin hukuki sorumluluğu her hukuka aykırı davranış sonucunda değil yalnızca kanunda sayılan davranışların gerçekleşmesi halinde gündeme gelecektir.<sup>40</sup>

<sup>34</sup> Tercan, *Hâkimlerin Sorumluluğu*, s.18.

<sup>35</sup> Arslan vd., *Medenî Usul Hukuku*, s.129.

<sup>36</sup> Demir, “Hakime Hukuksal Sorumluluğu Nedeniyle Açılan Tazminat Davası”, s.806.

<sup>37</sup> Ermumcu, *Hâkimlerin Hukuki Sorumluluğu*, s.58; Kılıçoğlu, “Hâkimlerin Hukuki Sorumluluğu”, s.248-249; “...*Hâkimlerin görevleri sırasında vermiş oldukları zararlardan ötürü Devletin sorumluluğu yoluna başvurulması için, Türk Borçlar Kanunu'ndaki haksız fiil hükümlerine göre zarar, kusur ve illiyet bağının aranması gerekir...*” Yargıtay HGK., E. 2022/517, K. 2022/1013, 22.06.2022.

<sup>38</sup> Demir, “Hakime Hukuksal Sorumluluğu Nedeniyle Açılan Tazminat Davası”, s.833.

<sup>39</sup> Demir, “Hakime Hukuksal Sorumluluğu Nedeniyle Açılan Tazminat Davası”, s.834; Bu husus 6100 sayılı HMK md. 46 gerekçesinde “*Hükümde, hâkimlerin sorumluluğunu gerektiren sebepler, genel olarak belirtilmemiş, daha önce 1086 sayılı Kanunun 573. maddesinde olduğu gibi tahdidi olarak sayma yoluna gidilmiş, böylece hâkimlerin daha ağır bir sorumluluk rejimiyle karşılaşmaları engellenmek istenmiştir.*” şeklinde ifade edilmiştir. Bkz. Ramazan Arslan vd., *Notlu – Gereğçeli Hukuk Muhakemeleri Kanunu ve İlgili Mevzuat*, s.101.;

Ayrıca hâkimin verdiği hukuka aykırı kararın usule ya da esasa ilişkin olmasının sorumluluğunun doğması bakımından önemi yoktur. Arslan vd., *Medenî Usul Hukuku*, s.129.

<sup>40</sup> Arslan vd., *Medenî Usul Hukuku*, s.129.



Dolayısıyla kanunda sayılan söz konusu sebepler tahdidi olup kıyas yoluyla genişletilemeyecektir.<sup>41</sup>

**aa. Kayırma veya taraf tutma yahut taraflardan birine olan kin veya düşmanlık sebebiyle hukuka aykırı bir hüküm veya karar verilmiş olması**

Hâkim yargılamanın her aşamasında tarafsız görünümünü korumak zorundadır. Bu sebepten verdiği kararı inandığı değerlerin yahut duygularının birer aracı olarak kullanamayacaktır.<sup>42</sup> Dolayısıyla bu sorumluluk sebebine dayanarak hukuki sorumluluğun gündeme gelebilmesi için öncelikle hüküm veya kararın dostluk, kayırma ya da kin ve nefret gibi duygular altında verildiğinin ispat edilmesi gerekmektedir.<sup>43</sup> Öte yandan hâkimin verdiği karar veya hükmün hukuka aykırı olması lazımdır. Taraflardan birisiyle düşman olsa da verdiği hüküm hukuka uygunsa sorumluluğu doğmayacaktır. Bu yüzden hukuki sorumluluğun doğması için her iki şartın kümülatif olarak varlığı aranacaktır.<sup>44</sup>

Hâkimin bu bent kapsamındaki sorumluluğu yalnızca hükümlere özgülenmemiş, usule ilişkin nihai kararlar, ara kararlar dahil tüm kararları sorumluluğun kapsamına alınmıştır.<sup>45</sup> Örneğin, hâkimin çekinmesi veya reddi sebeplerinin mevcut olmasına rağmen davadan el çekmemesi taraflardan birine olan dostluğu yahut düşmanlığından kaynaklanıyorsa bu bent kapsamında sorumluluğu doğabilir.<sup>46</sup>

**bb. Sağlanan veya vaat edilen bir menfaat sebebiyle kanuna aykırı bir hüküm veya karar verilmiş olması**

Sorumluluğun doğabilmesi noktasında menfaatin karar ya da hükmün verileceği sırada sağlanması gerekmemektedir. Zira bu bent kapsamında menfaat vaadi sorumluluğun doğması için yeterli kabul edilmiştir.<sup>47</sup> Hâkimin menfaati elde ettiği ancak hukuka uygun karar verdiği durumlarda TCK'nin 252 vd. maddelerindeki hükümler gündeme gelebilirse de hukuki

<sup>41</sup> Tercan, *Hâkimlerin Sorumluluğu*, s.40; Kılıçoğlu, "Hakimlerin Hukuki Sorumluluğu", s.242; "Burada dikkat edilmesi gereken husus, 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun, hâkimin sorumluluğundan kaynaklanan davalarda, dava sebepleri, görevli merciler ve yargılama usulüne dair 46.47.48 ve 49 maddeleri, istisnai ve sınırlı bir alanla düzenlemeye bulunduğundan kıyas yolu ile uygulama alanının genişletilmesi olanaklı değildir." Yargıtay HGK., E. 2022/517, K. 2022/1013, 22.06.2022.

<sup>42</sup> Arslan vd., *Medenî Usul Hukuku*, s.130.

<sup>43</sup> Aydınalp, *Hâkimlerin Hukuki Sorumluluğu*, s.103; Tercan, *Hâkimlerin Sorumluluğu*, s.41; "...Davacının dayandığı HMK'nın 46. 1/a, 1/c ve 1/d maddelerine bakıldığında hakimlerin davacılara yönelik kin ya da düşmanlık taraf tutma, kayırma sebebiyle hüküm kurduklarına dair ... ne davacı tarafından somut deliller sunulduğu ne de davaya konu olan dava dosyalarında herhangi bir delilin mevcut olmadığı açıktır. ... Bahsedilen Kat Mülkiyeti Kanununa aykırı müdahalenin menî ve eski hale getirme talepli İstanbul 24. Sulh Hukuk Mahkemesi dosyası, İstanbul 27. İcra Müdürlüğünün dosyası ve İstanbul 24. İcra Mahkemesinin kararlarının Yargıtay denetiminden geçerek kesinleştiği, hakimlerin kasıtlı şekilde davacıları zarara sokacak bir eylemlerinin bu dosyalarda dile getirilmediği ve delillendirilmediği HMK'nın 46. maddesindeki devletin sorumluluğunun ancak kasıtlı eylem ve davranışları ile doğabileceği anlaşılmakla ..." Yargıtay HGK., E. 2021/523, K. 2022/469, 05.04.2022.

<sup>44</sup> Tercan, *Hâkimlerin Sorumluluğu*, s.40.

<sup>45</sup> Pekcanitez vd., *Medenî Usul Hukuku Ders Kitabı*, s.131.

<sup>46</sup> Aydınalp, *Hâkimlerin Hukuki Sorumluluğu*, s.127.

<sup>47</sup> Kılıçoğlu, "Hakimlerin Hukuki Sorumluluğu", s.247; Tercan, *Hâkimlerin Sorumluluğu*, s.50; Aydınalp, *Hâkimlerin Hukuki Sorumluluğu*, s.15; Pekcanitez vd., *Medenî Usul Hukuku Ders Kitabı*, s.131.

sorumluluk doğmayacaktır. Ayrıca hâkime menfaat temin edildiği hususunun ispatı hukuki bir işlem olmayıp haksız fiil olduğundan her türlü delille ispat edilebilecektir.<sup>48</sup>

Menfaatin kapsamına her türlü maddi ve manevi menfaat girmektedir. Menfaatin kıymetinin az ya da çok olmasının da bir önemi yoktur.<sup>49</sup> Örneğin; ücretsiz bir tatil, ziyafet, karlıksız iş gördürmek, borçtan kurtarmak gibi haller bu bent kapsamındadır.<sup>50</sup>

### cc. Farklı bir anlam yüklenemeyecek kadar açık ve kesin bir kanun hükmüne aykırı karar veya hüküm verilmiş olması

Bu bende göre sorumluluğun doğabilmesi için hâkimin kasten yahut ağır ihmal ile hareket ettiğinin araştırılmasına, ispatlanmasına gerek yoktur. Zira kanun koyucu bu durumda hâkimin sorumluluğunu doğuracak şekilde kastının yahut ağır ihmalinin varlığını kabul etmiştir.<sup>51</sup> Hatta bu sorumluluk biçiminde hâkimin basit ihmali bulunsa dahi sorumluluğunun doğacağı ileri sürülmüştür. Öte yandan hâkimin somut olaya uygulanması gereken hukuk normunu re'sen kendisi tespit etmesi gerektiğinden, taraflardan birinin yanlış veya farklı bir hukuk normunu göstermiş ve hâkimi yönlendirmiş olması onu sorumluluktan kurtarmayacaktır.<sup>52</sup> Zira hâkim kanunu tatbik ile görevlidir, kanun metninin lafzen anlamsız yahut anlaşılmasız olduğunu ileri sürerek davaya bakmaktan çekinemeyeceği gibi, kanunu tatbikten de geri durmaz. Bu yönüyle kanun koyucunun söz konusu kanun hükmünü vazetmek ile ortaya koymaya çalıştığı irade hâkim tarafından bulunmak zorundadır.<sup>53</sup>

Bu bent kapsamında bir örnek olarak yargılama giderlerine davanın tarafları yerine vekilin mahkûm edilmesi durumu verilebilir.<sup>54</sup> Yine hâkim ancak alacağın vadesinin gelmiş ve rehinle teminat altına alınmamış olduğu durumda ihtiyati haciz kararı verebileceğinden; eğer alacağı karşılama yeterli tutarda bir ipotek varsa ve yine de ihtiyati haciz kararı verirse, farklı bir anlam yüklenemeyecek kadar açık ve kesin bir kanun hükmünü ihlal etmiş olacak ve bu bende göre sorumluluğu doğabilecektir.<sup>55</sup>

<sup>48</sup> Tercan, *Hâkimlerin Sorumluluğu*, s.50.

<sup>49</sup> Arslan vd., *Medenî Usul Hukuku*, s.130.

<sup>50</sup> Aydınalp, *Hâkimlerin Hukuki Sorumluluğu*, s.135.

<sup>51</sup> Tercan, *Hâkimlerin Sorumluluğu*, s.44; Aydınalp, *Hâkimlerin Hukuki Sorumluluğu*, s.115.

<sup>52</sup> Kılıçoğlu, "Hakimlerin Hukuki Sorumluluğu", s.244; Pekcanitez vd., *Medenî Usul Hukuku Ders Kitabı*, s.131-132.

<sup>53</sup> Avcı, "Türk Hukukunda Hâkimin Görevi İhmal Suçu". *Kamu Hukuku Arşivi Dergisi* (Haziran 1999), s.76.

<sup>54</sup> Kılıçoğlu, "Hakimlerin Hukuki Sorumluluğu", s.245; Aydınalp, *Hâkimlerin Hukuki Sorumluluğu*, s.115.

<sup>55</sup> Arslan vd., *Medenî Usul Hukuku*, s.130;

"...Somut olayda tazminat istemine ilişkin hakim sorumluğuna dayanan sebeplerden hangisine dayanıldığı dava dilekçesinde açıkça belirtilmemekle birlikte HMK'nın 46/1-c maddesine dayanıldığı anlaşılmaktadır. ... HMK'nın tedbire ilişkin 389. maddesi gereğince, mevcut durumda meydana gelebilecek bir değişme nedeniyle, hakkın elde edilmesinin önemli ölçüde zorlaşacağından ya da tamamen imkansız hale geleceğinden veya gecikme sebebiyle bir sakıncanın yahut ciddi bir zararın doğacağından endişe edilmesi hallerinde, uyuşmazlık konusu hakkında ihtiyati tedbir kararı verilebilir. Yine aynı Yasa'nın 390. maddesinde tedbir kararının içeriği ve hangi hallerde verilebileceği düzenlenmiş 392. maddesinde ise teminat gösterilmesi koşulu hüküm altına alınmıştır. Hukuka aykırı tedbir kararı verildiği belirtilen dosya içeriği, davanın mahiyeti ve karara karşı öngörülen itiraz ve yasa yolları, yukarıdaki tedbire ilişkin yasal hükümler ve hakim delilleri değerlendirme ve takdir yetkisi dikkate alındığında, HMK'nın 46. maddesi a, b ve c bentlerinin ihlalinin söz konusu olmadığı ve bu madde gereğince tazminat isteminin koşullarının gerçekleşmediği anlaşıldığından tazminat talebinin reddine karar vermek

**çç. Duruşma tutanağında mevcut olmayan bir sebebe dayanılarak hüküm verilmiş olması**

Duruşmada gerçekleşen bütün olaylar ve dolayısıyla sözlü yargılamanın işleyişi ancak duruşma tutanağı ile ispat edilebilir. HMK bu hususu md. 156'da açıkça öngörmüştür. Hâkim karar veya hükmünü uyuşmazlığa ilişkin dosya ve tutanaklar çerçevesinde vereceğinden, hükmün gerekçesi dosyaya giren, tutanağa yazılan belge ve bilgiler çerçevesinde temellendirilecektir. Hâkimin duruşma tutanağında mevcut olmayan bir evrak veya beyanı esas alarak kararını gerekçelendirmesi ise sorumluluğunu doğuracaktır.<sup>56</sup> Bu bende dayanarak hâkimin sorumluluğuna gidebilmek için hâkimin ağır kusur yahut kastla hareket etmesi gerekmektedir.<sup>57</sup>

**dd. Duruşma tutanakları ile hüküm veya kararların değiştirilmiş yahut tahrif edilmiş veya söylenmeyen bir sözün hüküm ya da karara etkili olacak şekilde söylenmiş gibi gösterilmiş ve buna dayanılarak hüküm verilmiş olması**

Duruşma, keşif gibi yargılama sırasında tutanağa bağlanan hukuki iş ve işlemlerde hâkim, davanın taraflarının, tanıkların veya bilirkişilerin beyanlarını esas anlamını değiştirmeyecek şekilde tutanağa geçirir. Ancak hâkim bu kimselerin beyanını tutanağa geçirirken söylenmeyen bir sözü söylenmiş gibi yahut söylenen bir sözü farklı bir anlama gelecek şekilde tevild ederek tutanağa geçirirse sorumluluğu gündeme gelir. Örneğin hâkim davanın sonucuna etki edecek işlemlerden olan kabul, sulh, feragat ve ikrar gibi beyanları aslında söylenmediği halde tutanağa geçirir ve beyan sahiplerinin iyi niyetinden faydalanmak suretiyle imzalarını alırsa bu bende göre sorumluluğu doğar.<sup>58</sup>

İlaveten bu bende göre sorumluluğun doğabilmesi için hâkimin tutanakları yahut kararı değiştirmiş olduğunun aksini iddia eden tarafça ispat edilmesi gerekmektedir. Diğer bentlere benzer şekilde bu bende göre de hâkimin ağır kusur yahut kastının bulunması lazımdır.<sup>59</sup>

**ee. Hakkın yerine getirilmesinden kaçınılmış olması**

Davanın açılmasıyla birlikte hâkim davayı inceleme ve uyuşmazlığa ilişkin bir karar verme yükümlülüğü altına girer.<sup>60</sup> Bu husus Anayasa md. 36'da "*Hiçbir mahkeme, görev ve yetkisi içindeki davaya bakmaktan kaçınmaz.*" şeklinde ifade edilmiştir.<sup>61</sup> Dolayısıyla bu sorumluluk sebebi hukuki korunma hakkının bir sonucudur. İhkak-ı hakkı yasaklayan ve yargı

*gerekmiştir. ... Özel Dairenin yukarıda belirtilen kararına karşı davacı tarafından süresi içinde temyiz isteminde bulunulmuştur. ... Somut olayda HMK'nın 46. maddesinde sınırlı sayıda belirtilen sorumluluk sebeplerinden hiçbiri bulunmadığından ve hâkimlerin yargılama faaliyetinden dolayı tazminat davası açma şartları oluşmadığından Özel Dairece davanın reddine karar verilmesi yerindedir...*" Yargıtay HGK., E. 2021/363, K. 2022/519, 12.04.2022.

<sup>56</sup> Arslan vd., *Medenî Usul Hukuku*, s.131; Hâkimin tutanağa geçmeyen bir vakaya dayanarak hüküm kurması halinde esasen hükmünü dayandırdığı vakanın duruşma sırasında beyan edildiği ispatlansa dahi hâkimin sorumluluğunun doğacağı ileri sürülmüştür. Kılıçoğlu, "Hakimlerin Hukuki Sorumluluğu", s.245; Aydınalp, *Hâkimlerin Hukuki Sorumluluğu*, s.133.

<sup>57</sup> Kılıçoğlu, "Hakimlerin Hukuki Sorumluluğu", s.246; Pekcanitez vd., *Medenî Usul Hukuku Ders Kitabı*, s.132.  
<sup>58</sup> Aydınalp, *Hâkimlerin Hukuki Sorumluluğu*, s.134.

<sup>59</sup> Kılıçoğlu, "Hakimlerin Hukuki Sorumluluğu", s.246; Tercan, *Hâkimlerin Sorumluluğu*, s.49; Pekcanitez vd., *Medenî Usul Hukuku Ders Kitabı*, s.132.

<sup>60</sup> Arslan vd., *Medenî Usul Hukuku*, s.131.

<sup>61</sup> Tercan, *Hâkimlerin Sorumluluğu*, s.51.

yetkisini tekelinde bulunduran devlet, insanlar arasında doğan hukuki ihtilafları da en kısa sürede, gecikmeksizin sonuçlandırmakla yükümlüdür. Bu yüzden adalet dağıtan, uyuşmazlıkları karara bağlayan hâkimlerin hakkın yerine getirilmesinden kaçınması hali bir sorumluluk sebebi olarak düzenlenmiştir.<sup>62</sup>

Hâkim bir dava dilekçesini sebepsiz veya hukuki gerekçesi olmadan reddeder, birtakım bahaneler ileri sürerek davayı sürüncemede bırakır, yargısal görevini gereği gibi yapmaz ve yersiz sebeplerle karar vermekten kaçınırsa bu bende göre sorumluluğuna gidilir.<sup>63</sup> Ancak yargılama hâkimin elinde olmayan sebeplerle uzamışsa bu durum hâkimin sorumluluğunu doğurmaz.<sup>64</sup> Ayrıca hâkimin önüne gelen uyuşmazlığa ilişkin görevsizlik yahut yetkisizlik kararı vermesi de hakkın yerine getirilmesinden kaçınma olarak değerlendirilmez.<sup>65</sup>

### b) Kusur

Hâkimin hukuki sorumluluğuna gidebilmek için varlığı gerekli olan ikinci koşul hâkimin zararı doğuran hukuka aykırı eyleminde kusurlu olmasıdır. Kusur, kasıt şeklinde olabileceği gibi ağır ihmal şeklinde de olabilir.<sup>66</sup> Yukarıda incelediğimiz hâkimin sorumluluğunu doğuran bütün sebeplerde hâkimin bu denli kusuru aranmaktadır. Daha açık bir ifadeyle, hâkim yargısal faaliyetleri sebebiyle sorumlu tutulacaksa yukarıda sayılan hukuka aykırı fiilleri kastıyla yahut ağır ihmaliyle işlemiş olmalıdır.<sup>67</sup> Aksi halde sorumluluğuna gidilemez. Zira yargılama esnasında hâkimin kasta yahut ağır ihmale dayanmayan eylemlerinden dolayı sorumluluğunun kabulü kanunun ne amacıyla ne de lafzıyla bağdaşmaz.<sup>68</sup>

Hâkime kusurlu bir fiil isnat edildiğinde, hâkimin kusurlu davranışı objektif, somut birtakım ölçüler esas alınarak tespit edilmelidir. Bu tespit işlemi ise hukuk aykırı eylemi gerçekleştiren hâkim ile aynı mesleki kıdem, sınıf, derece ve donanıma sahip makul ve normal bir hâkim esas alınarak yapılacak ve buna göre isnat edilen fiilin kusurlu bir fiil olup olmadığı ve kusurlu ise kusurun derecesi saptanacaktır.<sup>69</sup>

Hâkimin hukuka aykırı ve kusurlu olarak verdiği hüküm veya kararlardan dolayı zarara uğrayan kimsenin kusurlu hareketi, zararın doğmasına yahut şiddetinin artmasına sebep

<sup>62</sup> Önceki kanun döneminde var olan uygulamanın aksine, bu bent kapsamında hâkimin sorumluluğuna gidebilmek için hâkime noter marifetiyle ihtarname göndermeye gerek yoktur. Pekcanitez vd., *Medenî Usul Hukuku Ders Kitabı*, s.132.

<sup>63</sup> Aydınalp, *Hâkimlerin Hukuki Sorumluluğu*, s.135; Pekcanitez vd., *Medenî Usul Hukuku Ders Kitabı*, s.132.

<sup>64</sup> Arslan vd., *Medenî Usul Hukuku*, s.131.

<sup>65</sup> Tercan, *Hâkimlerin Sorumluluğu*, s.52; Aydınalp, *Hâkimlerin Hukuki Sorumluluğu*, s.136.

<sup>66</sup> Kılıçoğlu, "Hakimlerin Hukuki Sorumluluğu", s.235; Demir, "Hakime Hukuksal Sorumluluğu Nedeniyle Açılan Tazminat Davası", s.839; Tercan, *Hâkimlerin Sorumluluğu*, s.15; Kasıt, hâkimin eyleminin anlamını ve doğuracağı sonuçları bilmesi ve istemesi; ağır kusur ise eyleminin zararlı neticeye sebebiyet vereceğini yahut zararın şiddetini ve hukuka aykırılığını anlayabilecek hukuki bilgi ve donanımdan yoksun yahut yetersiz olması halidir. Demir, "Hakime Hukuksal Sorumluluğu Nedeniyle Açılan Tazminat Davası", s.840; Hâkimin basit ihmali ile vereceği kanuna aykırı hükümlerin kanun yolu denetiminde düzeltilmesi, hukuki sınırlara çekilebilmesi olanağı bulunduğundan hukuki sorumluluğuna gidilebilmesi bakımından kasıt yahut ağır ihmalin varlığının aranması isabetlidir. Pekcanitez vd., *Medenî Usul Hukuku Ders Kitabı*, s.131.

<sup>67</sup> Kılıçoğlu, "Hakimlerin Hukuki Sorumluluğu", s.249; Eskiler, *Hakim ve Savcıların Disiplin, Cezai ve Hukuki Sorumlulukları*, s.197.

<sup>68</sup> Aydınalp, *Hâkimlerin Hukuki Sorumluluğu*, s.147.

<sup>69</sup> Demir, "Hakime Hukuksal Sorumluluğu Nedeniyle Açılan Tazminat Davası", s.839.

olabilir. Bu durumda zarara uğrayan şahsın müterafik kusurundan söz edilir.<sup>70</sup> Bu hal ise tazminatın miktarına etki edebilir.<sup>71</sup>

### c) Zarar

Hâkimin hukuki sorumluluğundan söz edebilmek için aranan bir diğer şart hüküm veya karar sebebiyle zararın doğmasıdır. Sorumluluk hukukuna göre zarar yoksa sorumluluk da olmayacağından yukarıda sayılan sorumluluk sebeplerinin gerçekleşmesi tek başına tazminat talebini haklı kılmayacaktır. Ancak bir zararın doğmaması hususu da hâkimin disiplin yahut cezaî sorumluluğuna engel olmayacaktır.<sup>72</sup>

Zarar maddi ya da manevi zarar biçiminde ortaya çıkabilir. Zarar gören, gördüğü zararı ve bunun miktarını genel hükümlere göre ispat etmekle mükelleftir.<sup>73</sup> Maddi hasarlı trafik kazasından doğan davanın haksız yere reddedilmesi maddi; zina sebebiyle açılan boşanma davasında kadının zina etmemiş olmasına rağmen zinaya dayanarak karar verilmesi sonrasında kadının yaşadığı ruhsal çöküntü manevi zarara örnek olarak verilebilir.<sup>74</sup>

### d) Nedensellik Bağı

Hâkimin hukuki sorumluluğuna gidebilmek için son olarak aranan şart, kanunda sayılan hukuka aykırı kusurlu fiil ile meydana gelen zarar arasında nedensellik bağının bulunmasıdır. Hâkim bu davranışı gerçekleştirseydi de zarar doğacak idiyse nedensellik bağının varlığından söz edilemez.<sup>75</sup> Nedensellik bağı noktasında HMK’de bir hüküm bulunmadığından bu husus genel hükümlere göre yapılacak inceleme sonucunda tespit edilecektir.<sup>76</sup>

## 2. Yargılama Usulü

Hâkimin hukuki sorumluluğuna ilişkin ikame edilecek davanın davacısı, hâkimin karar ya da hükmünden zarara görmüş kimsedir. Davalı ise devlet hazinesidir.<sup>77</sup> Vekilin hâkimin hukuki sorumluluğuna ilişkin tazminat davasını ikame edebilmesi için vekâletnamesinde özel yetkisi bulunması gerekir.<sup>78</sup>

Tazminat davası ikame edilirken, davacı dava dilekçesinde hangi sorumluluk sebebine dayandığını ve bu iddiasına ilişkin delilleri açıkça belirtmelidir. Ayrıca bu iddiasına ilişkin varsa bilgi ve belgeleri de eklemelidir. Dava dilekçesinin bu unsurları içermemesi halinde ise davaya

<sup>70</sup> Eskiler, *Hakim ve Savcıların Disiplin, Cezaî ve Hukuki Sorumlulukları*, s.198.

<sup>71</sup> Kılıçoğlu, “Hakimlerin Hukuki Sorumluluğu”, s.250.

<sup>72</sup> Kılıçoğlu, “Hakimlerin Hukuki Sorumluluğu”, s.250; Aydınalp, *Hâkimlerin Hukuki Sorumluluğu*, s.151.

<sup>73</sup> Arslan vd., *Medenî Usul Hukuku*, s.133; Eskiler, *Hakim ve Savcıların Disiplin, Cezaî ve Hukuki Sorumlulukları*, s.199.

<sup>74</sup> Kılıçoğlu, “Hakimlerin Hukuki Sorumluluğu”, s.251.

<sup>75</sup> Kılıçoğlu, “Hakimlerin Hukuki Sorumluluğu”, s.251.

<sup>76</sup> Eskiler, *Hakim ve Savcıların Disiplin, Cezaî ve Hukuki Sorumlulukları*, s.200.

<sup>77</sup> Arslan vd., *Medenî Usul Hukuku*, s.132.

<sup>78</sup> “...İflas İdaresi vekili tarafından dosyaya sunulan vekaletnamede, hâkimlerin fiilleri sebebiyle Devlet aleyhine tazminat davası açma yetkisi bulunmadığı anlaşılınca, ... davacı müflis .... İflas İdaresi’ne HMK’nın 74. maddesine uygun vekâletname ibraz etmesi için kesin süre verilmesi, verilen kesin süre beklenildikten sonra Yargıtay Hukuk Genel Kuruluna gönderilmek üzere dosyanın Özel Daireye geri çevrilmesi gerekmektedir...” Yargıtay HGK., E. 2020/541, K. 2020/710, 06.10.2020.

bakmakla görevli hâkim esasa girmeden davayı reddedecektir. Ancak davacının eksiklikleri tamamlayıp yeni bir dilekçe vererek davayı tekrar açabilmesi mümkündür.<sup>79</sup>

Davacının hâkimin hukuki sorumluluğunu doğuran yargılamada hukuki yollara başvurmaması, mesela kanun yollarına başvurmaması, hâkimin hukuki sorumluluğuna ilişkin tazminat davası açabilmesine engel teşkil etmemekle beraber tazminatın tespitine tesir edebilir.<sup>80</sup>

Devlet aleyhine açılacak olan tazminat davasında görevli ve yetkili mahkeme HMK'de ayrıca ve açıkça düzenleme altına alınmıştır. Bu düzenleme ile hâkimin sorumluluğuna ilişkin tazminat davasının genel hükümlere göre görülmesi istenmemiş ve kötü niyetle davaların açılmasına engel olmak, hâkimler için bir teminat oluşturmak amaçlanmıştır.<sup>81</sup> Buna göre HMK md. 47 uyarınca devlet aleyhine açılacak olan tazminat davası ilk derece mahkemesi hâkimleri ve bölge adliye mahkemesi başkan ve üyeler hakkında açılacaksa dava Yargıtay'ın ilgili dairesinde<sup>82</sup> görülecektir. Devlet aleyhine açılacak olan tazminat davası Yargıtay başkan ve üyeleri hakkında açılacaksa Yargıtay'ın dördüncü hukuk dairesinde görülecektir. Dava dördüncü hukuk dairesi başkan ve üyelerine ilişkin ise üçüncü hukuk dairesinde ilk derece mahkemesi sıfatıyla görülür. Bu mahkemeler tarafından verilen kararların kanun yolu incelemesi Yargıtay Hukuk Genel Kurulunca yapılır.

Açılan davada mahkeme ilgili hâkime tazminat davasını re'sen ihbar eder.<sup>83</sup> Tazminat davasının açılabilmesi hâkim hakkında cezai soruşturma yahut kovuşturma şartına bağlanmadığından davayı gören mahkeme ceza mahkemesi kararını bekletici sorun yapamaz.<sup>84</sup> Ayrıca davadan feragat edilemeyeceği kabul edilmektedir. Bu durum tasarruf ilkesine bir istisna teşkil

<sup>79</sup> Kılıçoğlu, "Hakimlerin Hukuki Sorumluluğu", s.258.

<sup>80</sup> Arslan vd., *Medenî Usul Hukuku*, s.132.

<sup>81</sup> Pekcanitez vd., *Medenî Usul Hukuku Ders Kitabı*, s.133.

<sup>82</sup> Yargıtay Büyük Genel Kurul'u 25/01/2023 tarih ve 1 sayılı iş bölümüne ilişkin kararı ile her ne kadar "Hâkimlerin sorumluluğundan kaynaklanıp Devlet aleyhine açılan davalar ile buna ilişkin rücu davaları sonucu verilen hüküm ve kararlar" bakımından yapılacak yargılamanın ilk derece mahkemesi sıfatıyla Yargıtay Dördüncü Hukuk Dairesi tarafından gerçekleştirileceğini belirtmiş olsa da, anılan kararın ortak hükümler bahsinde "6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 47. maddesi uyarınca, hâkimlerin fiil ve kararlarından dolayı Devlet aleyhine açılan tazminat davalarının ilk derece yargılaması asıl davanın temyiz incelemesini yapmakla görevli ilgili hukuk dairesi tarafından yapılır." hükmünü ayrıntı tutarak HMK md. 47'de ifade edilen "Yargıtay'ın ilgili dairesi" ifadesine açıklık getirmiştir. Buna göre ilk derece mahkemesi hâkimleri ve bölge adliye mahkemesi başkan ve üyeleri hakkında yapılacak olan yargılama asıl davanın temyiz incelemesini yapmakla görevli olan ilgili hukuk dairesi tarafından yapılacaktır.;

"...Dava, 6100 sayılı HMK'nın 46/1.maddesinin ( b ),( c )ve ( e ) fıkraları uyarınca, hakimlerin hukuki sorumluluğuna dayalı tazminatın tahsili istemine ilişkindir. Dava, önce ilk derece mahkemesi sıfatıyla Yargıtay 4.Hukuk Dairesi'ne açılmış, anılan Daire'ce ... tarih ve ... sayılı kararla, 6110 sayılı Yasa'nın geçici 2.maddesinin ( a ) bendi gereğince, dava konusu iflasın ertelenmesi konusunda ticaret mahkemesinin verdiği kararlardan kaynaklandığından Yargıtay 23.Hukuk Dairesi'nin görevli olduğu gerekçesiyle, dava dilekçesinin görevsizlik nedeniyle reddine karar verilerek, dosya Dairemize süresinde yapılan talep üzerine gönderilmiştir..." Yargıtay HGK., E. 2022/517, K. 2022/1013, 22.06.2022.

<sup>83</sup> Böylece hâkimin tazminat davasına devletin yanında fer'i müdahil olarak katılıp davanın devlet lehine sonuçlanması için gerekli bilgi ve belgeyi açıklama fırsatı sunulmak istenmiştir. Ancak hâkim fer'i müdahil olduğundan mahkeme kararını tek başına kanun yoluna götürmeyeceği kabul edilmektedir. Pekcanitez vd., *Medenî Usul Hukuku Ders Kitabı*, s.134.

<sup>84</sup> Arslan vd., *Medenî Usul Hukuku*, s.131.



etse de burada kamu yararının varlığı kabul edilmiş ve feragatin yargılamayı sonlandırmasına izin verilmemiştir.<sup>85</sup>

HMK açılacak tazminat davasına ilişkin herhangi bir zamanaşımı süresinden bahsetmemiştir. Söz konusu dava niteliği itibariyle esasen haksız fiile dayanan tazminat davası olduğundan burada Türk Borçlar Kanunu'nun 72. maddesi kıyasen uygulanacaktır. Bu davada zarar mahkeme kararının kesinleşmesiyle ortaya çıkacağından, zamanaşımı davanın kesinleştiğinin öğrenilmesinden itibaren iki yıl ve her halde kesinleşmeden itibaren on yıldır.<sup>86</sup>

Davanın kabul edilmesi halinde, devlet davacının maddi, manevi tüm zararlarını ve yargılama giderlerini öder ve ödeme tarihinden itibaren bir yıl içerisinde ilgili hâkime rücu eder. Bu hüküm HMK'de emredici olarak düzenlenmiş olduğundan devletin hâkime rücu edip etmemek noktasında bir takdir yetkisi yoktur.<sup>87</sup> Devletin ilgili hâkime karşı açacağı rücu davası tazminat davasını karara bağlamış olan mahkemede görülür. Bunun sebebi ise tazminat davasını incelemiş olmasıyla bu konuda en iyi bilgiye sahip olan mahkemenin o mahkeme olduğu ve bu dava da en isabetli kararı vereceği düşüncesidir.<sup>88</sup>

Davanın reddedilmesi halinde ise HMK disiplin para cezası öngörmektedir. Buna göre dava esastan reddedilirse davacı beş yüz Türk lirasından beş bin Türk lirasına kadar disiplin para cezasına mahkûm edilecektir.<sup>89</sup> Disiplin para cezası öngörülmesinin sebebi, hâkimin rastgele açılacak olan davalar sebebiyle iş yapmaktan alıkoymasını önlemek ve dolayısıyla yargının gecikmesine engel olmaktır. Esasen bu hüküm hâkimi koruyan bir düzenleme gibi görünse de temelde yargıyı ve yargıya olan güveni korumaktadır.<sup>90</sup> Ayrıca davanın reddi sonrasında hâkimin ilgili kişiye karşı tazminat davası açmasında bir engel bulunmamaktadır.

## B. CEZA MUHALEMESİ KANUNU UYARINCA HÂKİMİN HUKUKİ SORUMLULUĞU

Hiçbir hukuk sistemi kusursuz olamayacağından istisnasız her hukuk sisteminde yanlış mahkûmiyet kararları verilmiş, yanlış özgürlük kısıtlamaları yapılmış olabilir. Ceza davaları kamu yararı için açıldığından bu yargılamalardan doğan zararların da kamu adına devlet tarafından giderilmesi gerektiği ileri sürülmüştür. Böylelikle devlet ihlal ettiği hukuk kuralı sebebiyle yaptırıma kendisi katlanmış olacaktır.<sup>91</sup> Ceza soruşturması ya da kovuşturması yapılırken gerek şüpheliye gerekse de sanığa karşılık uygulanan hukuka aykırı iş ve işlemler sonucunda

<sup>85</sup> Demir, "Hakime Hukuksal Sorumluluğu Nedeniyle Açılan Tazminat Davası", s.852; Arslan vd., *Medenî Usul Hukuku*, s.132.

<sup>86</sup> Kılıçoğlu, "Hakimlerin Hukuki Sorumluluğu", s.262; Arslan vd., *Medenî Usul Hukuku*, s.133.

<sup>87</sup> Kılıçoğlu, "Hakimlerin Hukuki Sorumluluğu", s.259; Demir, "Hakime Hukuksal Sorumluluğu Nedeniyle Açılan Tazminat Davası", s.853; Pekcanitez vd., *Medenî Usul Hukuku Ders Kitabı*, s.130.

<sup>88</sup> Pekcanitez vd., *Medenî Usul Hukuku Ders Kitabı*, s.133.

<sup>89</sup> Para cezası esastan red haline mahsus olup davanın usulden reddi halinde verilemez.; "...Diğer yandan, 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 49. maddesi uyarınca, davanın esastan reddi halinde disiplin para cezasının takdir edilerek hüküm altına alınması gerekir. Bu konuda, para cezasında yeniden değerlendirme oranında yapılması gereken artırım miktarı ile dava konusu olayın gelişim biçimi ve dosyaya yansıyan olgular göz önünde tutulmuştur. ... Red kararı nedeniyle taktiren 500.00 TL disiplin para cezasının davacıdan tahsilî ile Hazine gelir kaydına, ... karar verilmiştir..." Yargıtay HGK., E. 2018/256, K. 2021/570, 18.05.2021.

<sup>90</sup> Pekcanitez vd., *Medenî Usul Hukuku Ders Kitabı*, s.134.

<sup>91</sup> Nur Centel ve Hamide Zafer, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, İstanbul: Beta Yayıncılık, 2010, s.436.



doğan zararın giderilmesi fikri ilk defa 1961 Anayasası'nın 30. maddesi ile ortaya konmuştur. Söz konusu düzenleme benzer şekilde 1982 Anayasası ile varlığını sürdürmüştür.<sup>92</sup>

Kanun koyucu ceza hâkimleri ve cumhuriyet savcılarının hukuki sorumluluğunu Ceza Muhakemesi Kanunu kapsamında ele almıştır. Buna göre CMK md. 141/3 uyarınca suç soruşturması yahut kovuşturması sırasında cumhuriyet savcılarının yahut hâkimlerin yaptıkları hukuki iş ve işlemler ve verdikleri kararlar sebebiyle; kişisel kusur, haksız fiil veya diğer sorumluluk halleriyle verdikleri zararlara karşılık devlet aleyhine tazminat davası açılabilir. İlaveten kanun koyucu bununla yetinmemiş koruma tedbirleri sebebiyle doğan zararlardan dolayı tazminat davası açılabilmesini kabul etmiş ve buna ilişkin sorumluluk sebeplerini belirlemiştir.<sup>93</sup> Gerçekten de koruma tedbirlerinin uygulanması sebebiyle kişiler maddi veya manevi bir zarara uğrayabilir. Kanun koyucu bu zararlara ilişkin taleplerin devlet tarafından giderileceğini kabul etmiştir.

AİHS'nin özgürlük ve güvenlik hakkını düzenleyen 5. maddesinde herkesin kişi özgürlüğü ve güvenlik hakkına sahip olduğu belirtilmekte ve devamında *"Bu madde hükümlerine aykırı bir yakalama veya tutma işleminin mağduru olan herkes tazminat hakkına sahiptir."* denilerek yakalama veya tutuklama tedbirinden mağduriyet yaşayan kimselerin zararını gidermeyi güvence altına almaktadır. Bu bakımından koruma tedbirlerinin uygulanması sebebiyle doğan zararın giderilmesi hukuk devleti olmanın bir gereği olarak kabul edilmektedir. Ülkemizde de CMK md. 141 vd. ile koruma tedbirlerinin uygulanması sebebiyle doğan zararların giderilmesine ilişkin ilke ve esaslar düzenleme altına alınmıştır. Mevcut düzenleme AİHS md. 5/5 ile tam bir uyum içerisinde olmasının yanında elkoyma ve arama tedbirleri bakımından da tazminat talebine imkân vermesi sebebiyle daha geniş bir güvence alanı sağlamaktadır.<sup>94</sup>

### 1. Sorumluluk Sebepleri

Suç soruşturması yahut kovuşturması sırasında uygulanan koruma tedbirlerinden doğan zararlara ilişkin sorumluluk sebepleri kanunda tek tek sayılmıştır. Dolayısıyla bu sebepler tahdidi olup kıyasen genişletilmeleri mümkün değildir.<sup>95</sup> CMK md. 141/1'de sayılan ve sorumluluğu doğuran sebepler şunlardır:

<sup>92</sup> Feridun Yenisey ve Ayşe Nuhoğlu, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Ankara: Seçkin Yayınevi, 9. Baskı, 2021, s.513.

<sup>93</sup> Dolayısıyla CMK uyarınca hâkimin sorumluluğu yalnızca sınırlı sayıda sayılan koruma tedbirlerine ilişkin değil, md. 141/3 gereğince suç soruşturması veya kovuşturması sırasında hâkim veya cumhuriyet savcısının yaptığı iş ve işlemlerden doğan zararlara ilişkindir. Nitekim Yargıtay'ın uygulaması da böyledir. *"... Denetimli serbestlik tedbiri uygulanmasının 5271 sayılı CMK'nın 141/1 ve devamı maddeleri kapsamında tazminata hükmedilmesine engel teşkil etmeyeceği anlaşılmalıdır; davacının tazminat talebinin dayanağı olan denetimli serbestlik dosyaları celp edilip incelenerek ve davacı ile ilgili tüm müzekkere, belge ve kararların Yargıtay denetimine olanak verecek şekilde aslı ya da onaylı örnekleri de dosya içerisine alınarak, davacı hakkında uygulanan denetim planı süreleri ve ilişkin olduğu karar bilgileri tereddütsüz olarak araştırılarak 5271 sayılı CMK'nın 141/3 md. çerçevesinde değerlendirilerek sonucuna göre davacının hukuki durumunun tayin ve tespit edilmesi gerektiğinin gözetilmemesi, Bozmayı gerektirmiş olup ..."*Yargıtay 12. CD., E. 2018/4792, K. 2018/9322, 08/10/2018.

<sup>94</sup> Bahri Öztürk vd. *Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku*, Ankara: Seçkin Yayınevi, 15. Baskı, 2021, s.581; Ayrıca bkz. Centel ve Zafer, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, s.436-437.

<sup>95</sup> Veli Özer Özbek vd., *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Ankara: Seçkin Yayınevi, 14. Baskı, 2021, s.488; Nevzat Toroslu ve Metin Feyzioğlu, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Ankara: Savaş Yayınevi, 2019, s.300.

- a) Kanunlarda belirtilen koşullar dışında yakalanan, tutuklanan veya tutukluluğunun devamına karar verilen,
- b) Kanunî gözaltı süresi içinde hâkim önüne çıkarılmayan,
- c) Kanunî hakları hatırlatılmadan veya hatırlatılan haklarından yararlandırılma isteği yerine getirilmeden tutuklanan,
- d) Kanuna uygun olarak tutuklandığı hâlde makul sürede yargılama mercii huzuruna çıkarılmayan ve bu süre içinde hakkında hüküm verilmeyen,<sup>96</sup>
- e) Kanuna uygun olarak yakalandıktan veya tutuklandıktan sonra haklarında kovuşturmayaya yer olmadığına veya beraatlerine karar verilen,
- f) Mahkûm olup da gözaltı ve tutuklulukta geçirdiği süreleri, hükümlülük sürelerinden fazla olan veya işlediği suç için kanunda öngörülen cezanın sadece para cezası olması nedeniyle zorunlu olarak bu cezayla cezalandırılan,
- g) Yakalama veya tutuklama nedenleri ve haklarındaki suçlamalar kendilerine, yazıyla veya bunun hemen olanaklı bulunmadığı hâllerde sözle açıklanmayan,
- h) Yakalanmaları veya tutuklanmaları yakınlarına bildirilmeyen,
- i) Hakkındaki arama kararı ölçüsüz bir şekilde gerçekleştirilen,
- j) Eşyasına veya diğer malvarlığı değerlerine, koşulları oluşmadığı halde elkonulan veya korunması için gerekli tedbirler alınmayan ya da eşyası veya diğer malvarlığı değerleri amaç dışı kullanılan veya zamanında geri verilmeyen,
- k) Yakalama veya tutuklama işlemine karşı Kanunda öngörülen başvuru imkânlarından yararlandırılmayan”<sup>97</sup>

Yukarıda sayılan sebepler irdelendiğinde CMK kapsamında öngörülen yakalama, gözaltı, tutuklama, arama ve elkoyma tedbirlerine ilişkin iş ve işlemlerdeki hukuka aykırılık sebebiyle tazminat talebinde bulunulabileceği görülmektedir.<sup>98</sup> Ceza yargılamasında bu bentlerden

<sup>96</sup> “... dosya içeriğine göre davacının ceza dosyasında gözaltında kalmadığı bu nedenle 5271 CMK'nın 141/1-e maddesinde öngörülen tazminat şartlarının oluşmadığı, 5271 sayılı CMK'nın 141/1-d maddesinde ise "Kanuna uygun olarak tutuklandığı hâlde makul sürede yargılama mercii huzuruna çıkarılmayan ve bu süre içinde hakkında hüküm verilmeyen" kişilerin tazminat talep edebileceklerinin belirtildiği, bu kapsamda davacının tutuklu olarak yargılanmamış olması nedeniyle bu maddede öngörülen tazminat şartlarının da oluşmadığı gerekçesiyle davacının maddi ve manevi tazminata ilişkin tüm taleplerinin reddine karar verilmesi gerekirken....” Yargıtay 12. CD., E. 2020/11697, K. 2021/2327, 08/03/2021.

<sup>97</sup> Sorumluluk sebeplerine ilişkin geniş bilgi için bkz. Erhan Günay, *Koruma Tedbirleri Sebebiyle Tazminat ve Hakimlerin Hukuki Sorumluluğu*, Ankara: Seçkin Yayınevi, 2020, s.69 vd.

<sup>98</sup> Özbek vd., *Ceza Muhakemesi Hukuku*, s.447; Centel ve Zafer, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, s.437; Tazminat talep edilebilecek koruma tedbirleri kapsamına gizli soruşturmacı görevlendirilmesi, iletişimin tespiti ve teknik araçlarla izleme gibi koruma tedbirlerinin de alınması gerektiği ve bu haliyle düzenlemenin yeterli olmadığı ileri sürülmüştür. Bkz. Özbek vd., *Ceza Muhakemesi Hukuku*, s.447;

Söz konusu sebeplerin dışında CMK md. 323/3'de de yargılamanın yenilenmesi sonucunda beraat veya ceza verilmesine yer olmadığı kararı verilmesi hali de CMK md. 141 vd. uyarınca mağdura tazminat isteme hakkı tanımadır. Nitekim Yargıtay'ın 12. Ceza Dairesi de E. 2013/27467, K. 2014/9402 ve 16.04.2014 tarihli kararında “... 5271 sayılı CMK'nın 323/3. maddesinde yargılamanın yenilenmesi sonucunda beraat veya ceza verilmesine yer olmadığı kararının verilmesi halinde, önceki mahkûmiyet kararının tamamen veya kısmen infaz edilmesi dolayısıyla kişinin uğradığı maddi ve manevi zararlar bu Kanununun 141 ilâ 144 üncü maddeleri hükümlerine göre tazmin edilir hükmü ve davacı vekili tarafından yargılanmanın yenilenmesi talebiyle açılan davada davacı hakkında beraat kararı verildiğinin anlaşılması karşısında, Koruma Tedbirleri Nedeniyle Tazminat Verilmesine ilişkin 5271 sayılı CMK'nın 141/1 ve devamı maddelerinde belirtilen şartların davacı yönünden gerçekleştiği, bu

herhangi birinin gerçekleşmiş olması tazminatın doğması için yeterlidir. Ancak bir ceza yargılamasında birden fazla bent bir arada bulunursa bu manevi tazminat miktarına tesir edebilecektir.<sup>99</sup>

## 2. Yargılama Usulü

Tazminat istemi bir dilekçe ile yapılır. Bu dilekçede zarara uğrayan kişinin açık kimlik bilgileri ve adresi, kendisini zarara uğratan işlemin ne olduğu, uğradığı zararın türü ve ağırlığı belirtilir ve bunlara ilişkin bilgi ve belgeler eklenir. Davanın vekil aracılığıyla ikame edildiği durumlarda HMK'de olduğunun aksine vekilin vekâletnamesinde özel bir yetkinin bulunması gerekmez.<sup>100</sup>

Tazminat istemine ilişkin yargılama, zarara uğrayan kişinin oturduğu yer ağır ceza mahkemesinde görülür.<sup>101</sup> Şayet o yer ağır ceza mahkemesi tazminata konu zararın doğmasıyla ilişkili<sup>102</sup> bir mahkeme ise o yerdeki başka ağır ceza dairesi davayı görür. O yerde başka ağır ceza dairesi de bulunmuyorsa yetkili mahkeme zarara uğrayan kişinin oturduğu yere en yakın ağır ceza mahkemesidir. Kanun koyucu böylesi bir yetki kuralı belirleyerek hukuka aykırı bir işlem-den zarar görmüş kimsenin zararının en kolay ve en masrafsız şekilde giderilmesi ve dolayısıyla kişinin hakkına kavuşabilmesini amaçlamıştır.<sup>103</sup>

Zarara uğrayan kişi dava ikame edilmeden ölmüşse, mirasçıları onun yerine bu davayı açamaz. Ancak açılmış davaya devam edebilirler. Ayrıca arama ve elkoyma tedbirleri bakımından tüzel kişiler de tazminat talebinde bulunabilir.<sup>104</sup>

Dava açma süresi zarara sebep olan karar veya hükmün kesinleştiğinin tebliğinden itibaren üç ay ve her halde karar veya hükmün kesinleşmesinden itibaren bir yıldır. Bu süreler hak düşürücü süreler olup kesilmesi ya da durması söz konusu değildir.<sup>105</sup>

Beraat etmiş yahut hakkında kovuşturma yapılmasına yer olmadığına karar verilmiş, gözaltı ve tutukluluk süresi aldığı hapis cezasının süresini aşmış yahut yalnızca adli para cezasını gerektiren bir suçtan tutuklanmış kimselere tazminat isteme hakları olduğu bildirilir ve bu

---

*nedenle uğranıldığı iddia olunan manevi zararın oluştuğu gözetilmeden yazılı gerekçe ile davanın reddine karar verilmesi, Kanuna aykırı olup, .... BOZULMASINA...* ” diyerek bu hususa vurgu yapmıştır.

<sup>99</sup> Birden fazla bendin bulunması sebebiyle maddi tazminatın miktarında artırıma gidilemez. Zira maddi tazminatın miktarı belirlidir. Günay, *Koruma Tedbirleri Sebebiyle Tazminat ve Hakimlerin Hukuki Sorumluluğu*, s.17.

<sup>100</sup> Öztürk vd. *Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku*, s.592.

<sup>101</sup> “... CMK'nın 141/3 maddesinde belirtilen hakim ve Cumhuriyet savcılarının karar veya işlemlerine dayalı tazminat davalarının ağır ceza mahkemelerinde karar bağlanacağı hususu gözetilmeden, davanın görev yönünden reddine dair yazılı şekilde hüküm tesisi, Kanuna aykırı olup, ... BOZULMASINA...” Yargıtay 12. CD., E. 2018/2990, K. 2018/6506, 11.06.2018.

<sup>102</sup> Tazminata konu işlemleri gerçekleştiren mahkeme, kanun maddesine göre “ilişkili” mahkemedir. Somutlaştırılacak olursak, tazminat istemine konu olan tutuklama kararını vermiş, tutuklamaya yapılan itirazı reddetmiş yahut tutukluluk halinin devamına karar vermiş hâkimler ilişkili sayılır ve tazminat davasına bakamazlar. Yenisey ve Nuhoglu, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, s.515.

<sup>103</sup> Günay, *Koruma Tedbirleri Sebebiyle Tazminat ve Hakimlerin Hukuki Sorumluluğu*, s.37.

<sup>104</sup> Öztürk vd. *Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku*, s.593.

<sup>105</sup> Toroslu ve Feyzioğlu, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, s.302; Öztürk vd. *Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku*, s.593.

husus tutanağa geçirilir.<sup>106</sup> İlgiliye bu hakkının bildirilmemiş olması yahut karara tazminat isteyebileceği hususunun yazılmamış olması halinde CMK'de öngörülen süreler başlamaz. Dolayısıyla bir yıl içerisinde dava açılması koşuluyla üç aylık süre geçmiş olsa da dava süresinde açılmış sayılır.<sup>107</sup>

Tazminat, tazminat hukukunun genel ilkelerine göre tespit edilir.<sup>108</sup> Dolayısıyla tazminatın tespitinde bilirkişiden yararlanılabilir ve her türlü araştırma ve inceleme yapılabilir. Ayrıca gerek manevi gerekse de maddi zarara hükmedilebileceği gibi faiz de talep edilebilir. Bu durumda belirlenen faiz tazminata eklenir.<sup>109</sup>

Mahkeme yeterli bulduğu dilekçeyi ve onun eklerini devlet hazinesinin o yerdeki temsilcisine tebliğ eder ve varsa bunlara ilişkin beyan ve itirazlarını on beş gün içerisinde yazılı olarak bildirmesini ister.<sup>110</sup> Tazminata ilişkin yargılama dosya üzerinden değil duruşmalı olarak yapılır. Çağrıya rağmen tarafların gelmemesi halinde dosya işlemde kaldırılmaz ve tarafların yokluğunda karar verilir. Karara karşı tazminat talep eden kimse, cumhuriyet savcısı yahut hazine temsilcisi istinaf kanun yoluna başvurabilir ve istinaf başvurusu öncelikle ve ivedilikle incelenir.

Davanın kabulü halinde, devlet ödediği tazminat sebebiyle görevinin gereklerine aykırı davranan hâkim ya da cumhuriyet savcısına bir yıl içerisinde rücu eder. Görüldüğü üzere, devletin rücuu hâkim ya da cumhuriyet savcısının görevini kötüye kullanması şartına bağlıdır.<sup>111</sup>

<sup>106</sup> "... Beraat eden sanığa tazminat hakkı bulunduğu bildirilmemesi suretiyle 5271 sayılı CMK'nın 141/1-e ve 141/2. maddelerine muhalefet edilmesi, Kanuna aykırı olup, ... BOZULMASINA" Yargıtay 14. CD., E. 2016/8757, K. 2018/3306, 30.04.2018.

<sup>107</sup> Yenisey ve Nuhoglu, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, s.513; Centel ve Zafer, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, s.438; "... tazminat talebinin dayanağı olan Siirt Ağır Ceza Mahkemesinin ... tarih, ... sayılı beraat hükmününün 22.06.2011 tarihinde kesinleştiği ve kesinleşme şerhi beraat hükmününün 08.07.2011 tarihinde davacıya (sanığa) tebliğ edildiği ancak beraat hükmü içeriğinde CMK'nın 141/2. ve 232/6. maddelerinde belirtildiği şekilde ilgiliye ayrıntılı olarak tazminat hakkının bulunduğu, başvuru merci ve süresi hatırlatılmadığı gibi kesinleşen hükmün tebliğinde de dava hakkının kullanma süresine ilişkin bir açıklamaya yer verilmediği dikkate alınarak, tazminat davasının 20.02.2012 tarihinde ve CMK'nın 142/1. maddesinde öngörülen 1 yıllık süre içinde açıldığı gözetilerek esas hakkında bir karar verilmesi gerekirken, tazminat davasının CMK'nın 142/1. maddesinde öngörülen 3 aylık süre içinde açılmadığından bahisle davanın reddine karar verilmesi, Kanuna aykırı olup, ... BOZULMASINA..." Yargıtay 12. CD., E. 2016/4684, K. 2017/8095, 30.10.2017.

<sup>108</sup> Toroslu ve Feyzioğlu, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, s.303; Yargıtay'ın görüşü de bu yöndedir. "... Hâkim ve Cumhuriyet savcılarının işlem ve kararlarındaki her türlü hata, özensizlik veya yanlış, ilgililer açısından tazminat hakkını doğurmaz. Bu nedenle ilgilinin öncelikle bu işlem veya karar nedeniyle zarara uğradığını hukukun genel ilkeleri kapsamında ispatlaması gerekmektedir..." Yargıtay 12. CD. E. 2015/13049, K. 2015/17584, 11.11.2015.

<sup>109</sup> Yenisey ve Nuhoglu, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, s.523; Öztürk vd. *Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku*, s.591, 596; Günay, *Koruma Tedbirleri Sebebiyle Tazminat ve Hakimlerin Hukuki Sorumluluğu*, s.26,31.

<sup>110</sup> Yargıtay, CMK md. 142/7 uyarınca Hazine temsilcisinin duruşmadan haberdar edilmesi gerektiğini, aksi durumun ise kanuna aykırı olduğunu ifade ederek temyizden önüne gelen dosyayı bozmuştur. Bkz. Yargıtay 12. CD, E. 2017/2327, K. 2017/8782, 13.11.2017.

<sup>111</sup> Günay, *Koruma Tedbirleri Sebebiyle Tazminat ve Hakimlerin Hukuki Sorumluluğu*, s.17; Yargıtay'ın 12. Ceza Dairesi de bu hususu E. 2015/13049, K. 2015/17584 sayılı ve 11.11.2015 tarihli kararında "Yine bu haller nedeniyle hükmedilen tazminatın ödenmesi dolayısıyla, Devletin ilgili hâkim veya Cumhuriyet savcısına rücu edebilmesi de ancak; CMK'nın 141/4. maddesindeki koşulların gerçekleşmesi, başka bir anlatımla hâkim veya Cumhuriyet savcısının icrai davranışla görevi kötüye kullanma suçundan mahkûm edilmesine bağlıdır..." şeklinde vurgulamıştır.

### III. HÂKİMİN CEZAİ SORUMLULUĞU

Toplumda düzen bozan, fesadı ve bozgunculuğu yayan kimselerin cezalandırılmasında ve toplumsal düzenin yeniden sağlanmasında ceza sorumluluğu büyük önem arz etmektedir.<sup>112</sup> Özellikle de adaleti tecelli ettirmekle görevli kimseler olan hâkimlerin haksız uygulamalarının toplumda çok daha derin yaralar açtığı hususu göz önünde bulundurulduğunda bu kimselerin yargılamalarında daha titiz ve detaycı olmanın gereği anlaşılacaktır.

Hâkim ve cumhuriyet savcılarını nasıl ki hukuka aykırı eylemleri sebebiyle hukuki sorumluluk adı altında tazminat ödemeye mahkûm edilebiliyorsa benzer şekilde hukuka aykırı ve suç teşkil eden eylemleri sebebiyle cezalandırılabilir. Zira ceza kanunları herkes açısından geçerli ve gerekli olduğundan hâkim ve cumhuriyet savcılarının suç teşkil eden eylemlerinden dolayı sorumluluğun doğması gereği şüphesizdir.<sup>113</sup>

Anayasa md. 129’da “*Memurlar ve diğer kamu görevlileri hakkında işledikleri iddia edilen suçlardan ötürü ceza kovuşturması açılması, kanunla belirlenen istisnalar dışında, kanunun gösterdiği idari merciin iznine bağlıdır.*” denilerek kamu görevlilerine ilişkin yapılacak olan kovuşturmalarda izin usulü benimsenmiştir. Hâkimler ve cumhuriyet savcıları da TCK’nin uygulanması bakımından kamu görevlisi kavramı kapsamında bulunsalar da kural olarak görevle ilgili yahut görevi sırasında işledikleri suçlar bakımından soruşturma ve kovuşturma usulü 4483 sayılı Devlet Memurlarının ve Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun’a göre değil Hâkimler ve Savcılar Kanunu’nda belirtilen usul ve esaslar çerçevesinde yapılır.<sup>114</sup>

Görüldüğü üzere hâkimlerin bağımsızlığı ve tarafsızlığı ve bunları sağlamaya yönelik hâkimlere tanınmış olan teminatların bir yansıması olarak hâkimler ve cumhuriyet savcıları hakkında bir suç isnadında bulunulması halinde bunun soruşturma ve kovuşturmasında özel bir yargılama usulü belirlenmiştir.<sup>115</sup> Nitekim bu husus Anayasa md. 140’ta “*Hâkim ve savcılarının ... görevleriyle ilgili veya görevleri sırasında işledikleri suçlarından dolayı soruşturma yapılması ve yargılanmalarına karar verilmesi ... mahkemelerin bağımsızlığı ve hâkimlik teminatı esaslarına göre kanunla düzenlenir.*” şeklinde vurgulanmıştır.<sup>116</sup> Ancak hâkimler ve cumhuriyet savcıları bakımından öngörülmüş olan bu gibi özel usul ve esaslar, hâkim ve cumhuriyet savcılarının yerine getirdiği görevin ehemmiyetine binaen haksız ve mesnetsiz isnatlarla rahatsız edilmemesi ve dolayısıyla adalet dağıtımının gecikmemesi amacıyla öngörülmüş olup hâkim ve cumhuriyet savcılarını kayırmak yahut korumak amaçlanmamıştır.<sup>117</sup> Hatta özel bir usul öngörülmesiyle hâkim ve savcılarının görev yaptığı yerde kendi arkadaşları tarafından

<sup>112</sup> Gözübüyük, *Hukuka Giriş ve Hukukun Temel Kavramları*, s.171.

<sup>113</sup> Özen, *Hâkimin Cezaî Sorumluluğu*, s.166.

<sup>114</sup> Bkz. Ramazan Çağlayan, “Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanmasına İlişkin 4483 Sayılı Kanunun Hakkında Bir Değerlendirme”, *AÜEHFD* 7/1-2(2003), s.113,115,117; Baş, “Hâkimlerin ve Savcılarının Disiplin Yönünden Soruşturulmaları ve İşledikleri Suçlar Nedeniyle Yargılanmaları”, s.268.

<sup>115</sup> Abdullah Ayhan Şan, *Özel Soruşturma Usulleri*, Ankara: Adalet Bakanlığı Yayın İşleri Daire Başkanlığı, 2008, s.326; Pekcanitez vd., *Medenî Usul Hukuku Ders Kitabı*, s.135; Avcı, “Türk Hukukunda Hâkimin Görevi İhmal Suçu”, s.77.

<sup>116</sup> Tercan, *Hâkimlerin Sorumluluğu*, s.96; Gökcan ve Artuç, *Kamu Görevlisi ve Özel Soruşturma Usulleri (Memur Yargılaması)*, s.606.

<sup>117</sup> Baş, “Hâkimlerin ve Savcılarının Disiplin Yönünden Soruşturulmaları ve İşledikleri Suçlar Nedeniyle Yargılanmaları”, s.269.

yargılanmalarına engel olunarak normal vatandaş gibi yargılanmalarının sağlanması amaçlandığı ileri sürülmüştür.<sup>118</sup>

Kanun koyucu yukarıda anılan Anayasa hükmünün bir gereği olarak Hâkimler ve Savcılar Kanunu ile hâkimler ve cumhuriyet savcılarının hakkındaki soruşturma ve kovuşturma usul ve esaslarını düzenleme altına almıştır.<sup>119</sup> Buna göre hâkim ve cumhuriyet savcılarının işledikleri iddia edilen suçlara ilişkin soruşturma ve kovuşturma usulü HSK'nin 82 ila 98. maddeleri arasında düzenlenmiştir. Kanunun anılan maddelerinde hâkimlerin görevden doğan yahut görev sırasında işledikleri suçlara, kişisel suçlara ve bu iki suç tipine bir istisna olarak ağır ceza mahkemesinin görevine giren suçüstü haline ilişkin hükümler bulunmaktadır.<sup>120</sup> Ayrıca, ceza soruşturması yahut kovuşturması usulü noktasında hâkimler ve cumhuriyet savcılarının arasında bir farklılık bulunmamaktadır. Dolayısıyla gerek hâkimler gerekse de cumhuriyet savcılarının aynı usule tabi olarak soruşturulur ve kovuşturulur.<sup>121</sup>

Anayasa Mahkemesi, Yargıtay, Danıştay başkan ve üyeleri ile Yargıtay ve Danıştay cumhuriyet başsavcılarının ve HSK daire başkanı ve üyeleri hakkında bir suç isnadında bulunulması durumunda bunlar hakkındaki soruşturma ve kovuşturma usulleri kendi özel kanunlarında ayrıca ve açıkça düzenlendiğinden bu kimseler bakımından HSK'nin anılan hükümleri uygulanmaz.<sup>122</sup>

Hâkim ve cumhuriyet savcılarının bakımından gerçekleştirilecek olan ceza yargılamasında kimin soruşturmayı kimin kovuşturmayı yürüteceği ve bunları yürütürken ne tür usul ve esaslara göre hareket edeceği kanunda ayrıca ve açıkça düzenlenmiştir. Kanunda bulunan yetki ve göreve dair esaslar kesin niteliktedir. Hukuka uygun bir soruşturma yahut kovuşturma yapılabilmesi için mutlak surette kanunda belirlenen ilke ve esaslara uyularak hareket edilmelidir. Emredici hükümlere aykırı şekilde yahut karma uygulama yapılarak bir soruşturma yürütülemez. Bu halde yapılan iş ve işlemler ve verilen kararlar hükümsüz olacaktır.<sup>123</sup>

Hâkim ve cumhuriyet savcılarının görevleriyle ilgili yahut görevleri sırasında işledikleri iddia edilen suçların soruşturulması usulü ile kişisel suçlarından dolayı soruşturulma usullerinin farklılık arz etmektedir. Görevle ilgili yahut görev sırasında işlendiği iddia edilen suçlar

<sup>118</sup> Tercan, *Hâkimlerin Sorumluluğu*, s.96.

<sup>119</sup> Baş, "Hâkimlerin ve Savcılarının Disiplin Yönünden Soruşturulmaları ve İşledikleri Suçlar Nedeniyle Yargılanmaları", s.269.

<sup>120</sup> Bahattin Aras, "Hâkim ve Savcılar Hakkındaki Suç Soruşturma ve Kovuşturmalarında Uyulacak Usul ve Esaslar", *AÜHF* 71/1 (2022), s.207.

<sup>121</sup> Hüsnü Aldemir, *Hâkimlik ve Savcılık Mesleğinin Temel Esasları*, Ankara: Seçkin Yayınevi, 2013, s.610; Eskiler, *Hâkim ve Savcılarının Disiplin, Ceza ve Hukuki Sorumlulukları*, s.99.

<sup>122</sup> Gökcan ve Artuç, *Kamu Görevlisi ve Özel Soruşturma Usulleri (Memur Yargılaması)*, s.609; Baş, "Hâkimlerin ve Savcılarının Disiplin Yönünden Soruşturulmaları ve İşledikleri Suçlar Nedeniyle Yargılanmaları", s.269; Bölge Adliye Mahkemesi başkan ve üyeleri bakımından da soruşturma usulü farklılık arz etmektedir. Bunlara ilişkin soruşturma usulü için bkz. Gökcan ve Artuç, *Kamu Görevlisi ve Özel Soruşturma Usulleri (Memur Yargılaması)*, s.620-621; Baş, "Hâkimlerin ve Savcılarının Disiplin Yönünden Soruşturulmaları ve İşledikleri Suçlar Nedeniyle Yargılanmaları", s.337;

Hâkim ve savcı adayları 2802 sayılı HSK md. 7 uyarınca Devlet Memurları Kanunu'ndaki genel idare hizmetleri sınıfına dahildir. Bu bakımdan adaylık sürecinde hâkim ve cumhuriyet savcılarının uygulanacak olan soruşturma usulü hâkim ve savcı adayları açısından uygulanmayacak, soruşturma 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'na göre yapılacaktır. Gökcan ve Artuç, *Kamu Görevlisi ve Özel Soruşturma Usulleri (Memur Yargılaması)*, s.608.

<sup>123</sup> Aras, "Hâkim ve Savcılar Hakkındaki Suç Soruşturma ve Kovuşturmalarında Uyulacak Usul ve Esaslar", s.207.



bakımından özel soruşturma usulü öngörülmüşken, kişisel suçlarından dolayı yalnızca özel yetki kuralları öngörülmüştür. Bunun dışındaki uygulama ise genel hükümlere göre yapılacaktır.<sup>124</sup> Dolayısıyla bir hâkim veya cumhuriyet savcısının suç işlediğine ilişkin iddianın ihbar veya şikâyet, denetim veya teftiş yoluyla yahut re'sen öğrenilip Hâkimler ve Savcılar Kurulu'nun önüne geldiğinde ilgili daire ilk olarak hâkim veya cumhuriyet savcısının işlediği iddia edilen suçun görevle bağlantılı veya görev sırasında işlenmiş bir suç mu yoksa kişisel bir suç mu olduğu hususunu ya da somut olayda ağır ceza mahkemesinin görevine giren suçüstü halinin bulunup bulunmadığını tespit edecek ve yaptığı bu tespite göre kanunda öngörülen ilgili usulü işletecektir.<sup>125</sup>

Çalışmamız kapsamında 2802 sayılı kanuna göre soruşturması ve kovuşturması yapılan hâkim ve cumhuriyet savcılarının ilişkin öngörülen usul ve esaslar incelenmeye çalışılacaktır.

### A. GÖREVDEN DOĞAN VEYA GÖREV SIRASINDA İŞLENEN SUÇLARIN YARGILAMA USULÜ

Hâkimlerin ve cumhuriyet savcılarının görevi sebebiyle yahut görevi esnasında işledikleri iddia edilen suçların soruşturma ve kovuşturma usulünü incelemeyen önce birtakım kavramların açıklığa kavuşturulması gerekmektedir.

Görev, kamu görevlisine kanuni çerçevede verilen yetki ile yerine getirilen eylemdir.<sup>126</sup> Görev suçu ise temelde kamu görevlilerinin görevleri sebebiyle işledikleri suçları ifade etmektedir.<sup>127</sup> Bu kavramlar hâkimler ve cumhuriyet savcıları bakımından değerlendirildiğinde, görev suçu, hâkimlerin veya cumhuriyet savcılarının kanuni çerçevede kendilerine verilen yetki ile işledikleri eylemlerinin bir suça vücut vermesi halidir.

Görevden doğan suç, hâkimin kanuni görevinden doğan, görevle bağlantılı ve dolayısıyla görevle arasında bir illiyet bağı bulunan ve görevinin gereklerine aykırı davranmak<sup>128</sup> suretiyle işlediği suçu ifade etmektedir.<sup>129</sup> Hâkimin keşfe gitmediği halde gitmiş gibi tutanak düzenlemesi, duruşma zaptında değişiklik yapması, uzun süre dosyayı işlemsiz bırakması gibi hallerde görevden doğan suç söz konusudur.<sup>130</sup> Görev sırasında işlenen suç ise suç ile görev

<sup>124</sup> Baş, "Hâkimlerin ve Savcılarının Disiplin Yönünden Soruşturulmaları ve İşledikleri Suçlar Nedeniyle Yargılanmaları", s.336.

<sup>125</sup> Aras, "Hâkim ve Savcılar Hakkındaki Suç Soruşturma ve Kovuşturmalarında Uygulacak Usul ve Esaslar", s.209-210.

<sup>126</sup> Handan Yokuş Seviük, "Görevi Kötüye Kullanma Suçu (TCK m. 257)", *DÜHFD* 23/39 (2018), s.270.

<sup>127</sup> Burcu Dönmez, "Ceza Muhakemesi Uygulamasında Görev Suçu", *DEÜHFD*, 19 (2017), s.2735.

<sup>128</sup> "Görevin gereklerine aykırı hareket etmekten, kamu görevlisinin görevini kanun, idari düzenlemeler veya talimatların öngördüğü usul ve esaslardan başka surette ifâ etmesi anlaşılmaktadır. Bu anlamda kamu görevlisinin herhangi bir şekilde kanuni yetkisini aşması, kanunun aradığı şekil şartlarına uymaması, takdir yetkisini amacı dışında kullanması, kanunun emir ve müsaade ettiği hareketinin gerektirdiği ön şartlara aykırı hareket etmesi, kendisine teslim edilen ve görevi sebebiyle kullanması gerekli eşyayı usulsüz kullanması gibi fiiller görevin gereklerine aykırılık kapsamında kalmaktadır." Yargıtay CGK., E. 2019/116, K. 2019/275, 02.04.2019.

<sup>129</sup> Aras, "Hâkim ve Savcılar Hakkındaki Suç Soruşturma ve Kovuşturmalarında Uygulacak Usul ve Esaslar", s.212; Bu gibi suçlarda failin kamu görevlisi olması suçun kurucu unsurudur. Görevden doğan suç yalnızca görevi başında yahut mesai saatlerinde değil görev dışında hatta izindeyken dahi işlenebilir. Hâkimin tatildeyken kendi uhdesinde olan dosya bakımından rüşvet almasında durum böyledir. Gökcan ve Artuç, *Kamu Görevlisi ve Özel Soruşturma Usulleri (Memur Yargılaması)*, s.609.

<sup>130</sup> Gökcan ve Artuç, *Kamu Görevlisi ve Özel Soruşturma Usulleri (Memur Yargılaması)*, s.609.



arasında herhangi bir illiyet bağının aranmadığı, ancak görevin yerine getirildiği sırada işlenen suçları ifade etmektedir. Hâkimin duruşmada, keşifte sanığa yahut müştekiye hakaret etmesi, savcının otopside kolluğu yahut doktoru yaralaması görev sırasında işlenen suçlara örnek olarak verilebilir.<sup>131</sup>

Hâkimlerin ve cumhuriyet savcılarının görev suçu biçiminde işledikleri iddia edilen suçlar bakımından HSK’de bir muhakeme şartı olan izin sistemi<sup>132</sup> benimsenmiştir. HSK, diğer kamu görevlilerinin yargılanması usulünden farklı olarak hem soruşturma hem de kovuşturma için yetkili merciin iznini aramaktadır.<sup>133</sup> Devletin üç temel erkenden birisi olan yargı erkini kullanan ve adalet dağıtan hâkimlerin, bağımsızlık ve tarafsızlık ve hâkimlik teminatına uygun bir yargılama faaliyeti icra edebilmeleri için her isnat bakımından yargılamaya konu edilmeleri gerekmektedir. Dolayısıyla hâkim ve cumhuriyet savcılarının görevleri sebebiyle yahut görevi esnasında işledikleri iddia edilen fiilin soruşturulup soruşturulmayacağı yahut soruşturma sonrasında kovuşturulup kovuşturulmayacağı noktasında bir makamın izninin aranması yerinde bir uygulamadır.<sup>134</sup>

Hâkim ve cumhuriyet savcılarının görevleri sebebiyle yahut görevleri esnasında işledikleri suçlar bakımından öngörülen soruşturma ve kovuşturma usulü birden fazla yetkili makamın görevlerinin bulunduğu kompleks birtakım aşamaları bünyesinde barındırmaktadır.<sup>135</sup> Buna göre hâkim veya cumhuriyet savcısının görevinden dolayı soruşturma usulü; inceleme ve araştırma, soruşturma ve kovuşturma aşamalarından oluşmaktadır.

### 1. İnceleme ve Araştırma

Hâkim veya cumhuriyet savcılarının görevlerinden ötürü yahut görevleri sırasında suç teşkil eden filleri işlediğine dair bir iddia söz konusu olduğunda ilk olarak iddia edilen fiilin araştırıldığı ve somut olayın gerçek boyutunun tespit edildiği aşamaya inceleme ve araştırma

<sup>131</sup> Baş, “Hâkimlerin ve Savcılarının Disiplin Yönünden Soruşturulmaları ve İşledikleri Suçlar Nedeniyle Yargılanmaları”, s.274; Aras, “Hâkim ve Savcılar Hakkındaki Suç Soruşturma ve Kovuşturulmalarında Uygulacak Usul ve Esaslar”, s.214; Ayrıca bkz. Aldemir, *Hâkimlik ve Savcılık Mesleğinin Temel Esasları*, s.614; Gökcan ve Artuç, *Kamu Görevlisi ve Özel Soruşturma Usulleri (Memur Yargılaması)*, s.609; 765 sayılı TCK’de hâkimlerin cezaî sorumluluğuna ilişkin özel suç tipleri öngörülmüştü. Örneğin, anılan kanunun 233. maddesi hâkimin etki altında karar veya hüküm vermesini, 244. maddesi ise hâkimin kayırma yahut düşmanlık ile kanuna aykırı karar veya hüküm vermesini suç olarak düzenlemiştir. 5237 sayılı TCK’de ise böyle özel düzenlemeler bulunmamaktadır. Ancak 252. maddede rüşvet suçu bakımından yargı görevi yapmak ağırlaştırıcı neden olarak sayılmıştır. Öte yandan hâkim hakkında 257. madde de öngörülen görevi kötüye kullanma suçu gibi suçların oluşabilmesi de mümkündür.

<sup>132</sup> İzin, birtakım suçlar açısından dava açılmasının uygun olup olmadığını değerlendirmek ve takdir etmek üzere bir karara varmak yetkisinin bir başka kamu makamına verilmesidir. İzin bir muhakeme şartıdır. Dolayısıyla yargılama esnasında izin şartının gerçekleşmediği anlaşıldığında durma kararı verilmez. İzin hukuki niteliği bakımından idari bir işlem olduğundan doktrinde bir görüş geri alınmasının mümkün olduğunu ileri sürmektedir. Ancak izin vermeme kararı geri alınsa da izin vermeye ilişkin karar geri alınamayacaktır. Zira başlamış bir yargılama sürecinde ortada verilmiş bir izin ve bu izin çerçevesinde hukuka uygun olarak yapılmış bir muhakeme ve toplanmış deliller olduğu halde izni veren idari makamların bu noktada tasarrufta bulunması kabul edilemeyecektir. Baş, “Hâkimlerin ve Savcılarının Disiplin Yönünden Soruşturulmaları ve İşledikleri Suçlar Nedeniyle Yargılanmaları”, s.334; Ayrıca bkz. Özen, *Hâkimin Cezaî Sorumluluğu*, s.271.

<sup>133</sup> Gökcan ve Artuç, *Kamu Görevlisi ve Özel Soruşturma Usulleri (Memur Yargılaması)*, s.611; Baş, “Hâkimlerin ve Savcılarının Disiplin Yönünden Soruşturulmaları ve İşledikleri Suçlar Nedeniyle Yargılanmaları”, s.333.

<sup>134</sup> Özen, *Hâkimin Cezaî Sorumluluğu*, s.256.

<sup>135</sup> Şan, *Özel Soruşturma Usulleri*, s.332.

aşaması adı verilmektedir.<sup>136</sup> Hâkim veya cumhuriyet savcılarının bu fiilleri suçtan zarar gören kimsenin bizatihi şikâyeti, yazılı yahut sözlü ihbar ya da denetimler esnasında öğrenilebilir.<sup>137</sup> Suçun öğreniliş biçiminin farklılık göstermesi izlenecek soruşturma ve kovuşturma usulü bakımından bir önem arz etmemektedir.<sup>138</sup>

Cumhuriyet başsavcılıkları ile adalet komisyonlarına hâkim ve cumhuriyet savcıları hakkında ihbar veya şikâyetlerin herhangi bir şekilde ulaşması halinde, hiçbir inceleme ve araştırma yapılmaksızın bu evraklardan 2802 sayılı HSK'ye göre soruşturulan hâkim veya cumhuriyet savcılarıyla alakalı olanların HSK Genel Sekreterliği'ne iletilmesi gerekmektedir.<sup>139</sup> Hâkim veya cumhuriyet savcılarının işlediği iddia edilen ve suç teşkil eden fiillerin izin alınmadan, re'sen soruşturulması mümkün olmadığından<sup>140</sup> inceleme izni verilmezden önce sadece toplanmadığı takdirde yitirilmesinden korkulan ve toplanmasının gecikmesi halinde zarara uğrama ihtimali bulunan deliller toplanabilir.<sup>141</sup>

İhbar veya şikâyete konu fiil Kurul'un birinci dairesine sunulur.<sup>142</sup> Birinci daire tarafından görev suçu olarak değerlendirilirse, ihbar veya şikâyete ilişkin olarak ilgili dairece işleme konulmamasına ya da işleme konulmak suretiyle Kurul Başkanının iznine sunulmasına ilişkin bir karar verilir.<sup>143</sup> Ayrıca, ileride detaylarına inileceği üzere, hâkim ve cumhuriyet savcıları hakkındaki ihbar yahut şikâyetlerin işleme konulabilmesi birtakım şartları ihtiva etmesine bağlıdır.<sup>144</sup>

İnceleme ve araştırma izni alındığında evrak HSK Teftiş Kurulu'na ya da kıdemli bir muhakkike gereği yapılmak üzere gönderilir.<sup>145</sup> Burada verilecek izin inceleme konusu somut olayı ve izin istenilen kimseyi kapsar şekilde verildiğinden<sup>146</sup> yeni bir kişinin de olaya dahil olduğu anlaşıldığında süreç tekrar işletilmelidir.<sup>147</sup>

<sup>136</sup> Eskiler, *Hakim ve Savcıların Disiplin, Cezai ve Hukuki Sorumlulukları*, s.103-104; Aldemir, *Hakimlik ve Savcılık Mesleğinin Temel Esasları*, s.623.

<sup>137</sup> Tercan, *Hâkimlerin Sorumluluğu*, s.113; Özen, *Hakimin Cezai Sorumluluğu*, s.264.

<sup>138</sup> Aldemir, *Hakimlik ve Savcılık Mesleğinin Temel Esasları*, s.616; Eskiler, *Hakim ve Savcıların Disiplin, Cezai ve Hukuki Sorumlulukları*, s.103.

<sup>139</sup> Bkz. <https://www.hsk.gov.tr/Eklentiler/Dosyalar/a13933a3-d473-4a8e-8b06-126972ee0d7c.pdf>.

<sup>140</sup> Özen, *Hakimin Cezai Sorumluluğu*, s.264; Eskiler, *Hakim ve Savcıların Disiplin, Cezai ve Hukuki Sorumlulukları*, s.105.

<sup>141</sup> Erhan Günay, *Uygulamada Hakim – Savcı Avukatlar İle Diğer Adli Personelin İşledikleri Suçlar ve Soruşturmalar*, Ankara: Seçkin Yayınevi, 1997, s.24; Gökcan ve Artuç, *Kamu Görevlisi ve Özel Soruşturma Usulleri (Memur Yargılaması)*, s.613; Baş, "Hakimlerin ve Savcıların Disiplin Yönünden Soruşturulmaları ve İşledikleri Suçlar Nedeniyle Yargılanmaları", s.339; Aras, "Hakim ve Savcılar Hakkındaki Suç Soruşturma ve Kovuşturmalarında Uygulacak Usul ve Esaslar", s.211.

<sup>142</sup> 2010 Anayasa değişikliği öncesinde bu konuda üçüncü daire görevliyken anılan değişiklik sonrasında bu görev birinci daireye verilmiştir.

<sup>143</sup> Eskiler, *Hakim ve Savcıların Disiplin, Cezai ve Hukuki Sorumlulukları*, s.106.

<sup>144</sup> Misalen hâkimler hakkında yalnızca yanlış sonucunda kanuna aykırı şekilde karar veya hüküm vermiş olduğundan bahisle görevini kötüye kullandığı ithamına itibar edilemez. Bu sebepten hukuka aykırı karar verme kastı ve kastını ispat edecek deliller bulunmak durumundadır. Kin ve nefret yahut sevgi duymak suretiyle verdiği kararı hukuka aykırı verdiğiyse görevini kötüye kullanmış sayılır. Erhan Günay, *Hakimin Yasaklılığı-Reddi ve Hukuki Sorumluluğu*, Ankara: Seçkin Yayınevi, 2018, s.253.

<sup>145</sup> Baş, "Hakimlerin ve Savcıların Disiplin Yönünden Soruşturulmaları ve İşledikleri Suçlar Nedeniyle Yargılanmaları", s.338.

<sup>146</sup> Gökcan ve Artuç, *Kamu Görevlisi ve Özel Soruşturma Usulleri (Memur Yargılaması)*, s.613.

<sup>147</sup> Aras, "Hakim ve Savcılar Hakkındaki Suç Soruşturma ve Kovuşturmalarında Uygulacak Usul ve Esaslar", s.221.

İnceleme ve araştırma aşamasında soruşturmayı gerektirecek bir durumun olup olmadığı noktasında deliller toplanmaya çalışılır. Dolayısıyla henüz ortada bir soruşturma yoktur. Bu sebepten hakkında inceleme ve araştırma yapılan hâkim ya da cumhuriyet savcısına haber verilemez ve savunması alınmaz.<sup>148</sup> Görevlendirilen muhakkik hâkim veya cumhuriyet savcısı, adalet müfettişlerine tanınan yeminle dinleme, gerekirse istinabeye başvurma gibi yetkilere sahiptir. Bu inceleme görevlendirilen muhakkik tarafından bizzat yapılmalı, kolluğa yahut bir başkasına yaptırılmamalıdır. İncelemeye ihbar veya şikâyet sebep olduğundan ilk önce ihbar veya şikâyette bulunan kimsenin dinlenmesi gerekmektedir. İddia, gösterilen yahut re'sen gerekli görülen tanıkların dinlenmesi, bilgi ve belgelerin toplanması ile somutlaştırılmaya çalışılır. Yapılan inceleme neticesinde muhakkik tarafından soruşturma izni verilmesine yer olmadığına ya da soruşturma izni verilmesine dair düşünce yazısını içeren bir fezleke hazırlanır ve Kurul'un birinci dairesine gönderilir.<sup>149</sup>

Gönderilen fezleke üzerine daire; evrak eksikliklerinin ikmalî için iade, soruşturma izni verilmesine yer olmadığı ve soruşturma izni verilmek üzere Kurul Başkanına gönderilmesi şeklinde üç türlü karar verebilir.<sup>150</sup>

Yapılan araştırma ve inceleme sonucunda soruşturma yapılmasına gerek görülmediğinde birinci daire soruşturma yapılmasına yer olmadığına ilişkin bir karar verecektir. İhbar yahut şikâyetin işleme konulmaması ya da soruşturma izni verilmemesi durumunda bu kararlar fiilden zarar görmüş kimseye, başvurabileceği kanun yolları ve süresi de gösterilerek bildirilir. Kamu kurum ve kuruluşlarından gelen ihbar yazılarında bilgi talep edilmişse yalnızca yapılan işleme ilişkin bilgi verilir. Fiilden zarar görmemiş olan ihbarcılara ise bilgi verilmez.<sup>151</sup> İlgili kişi kendisine bildirilen karara karşılık yeniden inceleme yahut gerekirse daha sonra itiraz yoluna gidebilir.<sup>152</sup>

Yapılan inceleme ve araştırma sonucunda soruşturmaya geçilmesine gerek duyulursa birinci daire tarafından Kurul Başkanına soruşturma yapılması için teklifte bulunulur ve izin alınır.<sup>153</sup>

İnceleme ve araştırma aşaması yargılama sürecini uzatıyormuş gibi görünse de uygulamada hâkim ve cumhuriyet savcılarının ilişkin haksız ve mesnetsiz fazlaca şikâyetin varlığı göz

<sup>148</sup> Günay, *Uygulamada Hakim – Savcı Avukatlar İle Diğer Adli Personelin İşledikleri Suçlar ve Soruşturmalar*, s.24; Tercan, *Hâkimlerin Sorumluluğu*, s.114; Gökcan ve Artuç, *Kamu Görevlisi ve Özel Soruşturma Usulleri (Memur Yargılaması)*, s.613; Aldemir, *Hakimlik ve Savcılık Mesleğinin Temel Esasları*, s.624; Baş, “Hakimlerin ve Savcılarının Disiplin Yönünden Soruşturulmaları ve İşledikleri Suçlar Nedeniyle Yargılanmaları”, s.340; Eskiler, *Hakim ve Savcılarının Disiplin, Cezaî ve Hukukî Sorumlulukları*, s.104.

<sup>149</sup> Baş, “Hakimlerin ve Savcılarının Disiplin Yönünden Soruşturulmaları ve İşledikleri Suçlar Nedeniyle Yargılanmaları”, s.339; Aras, “Hakim ve Savcılar Hakkındaki Suç Soruşturma ve Kovuşturmalarında Uyulacak Usul ve Esaslar”, s.221-222.

<sup>150</sup> Eskiler, *Hakim ve Savcılarının Disiplin, Cezaî ve Hukukî Sorumlulukları*, s.106.

<sup>151</sup> Aldemir, *Hakimlik ve Savcılık Mesleğinin Temel Esasları*, s.643; Baş, “Hakimlerin ve Savcılarının Disiplin Yönünden Soruşturulmaları ve İşledikleri Suçlar Nedeniyle Yargılanmaları”, s.342; Aras, “Hakim ve Savcılar Hakkındaki Suç Soruşturma ve Kovuşturmalarında Uyulacak Usul ve Esaslar”, s.222.

<sup>152</sup> Eskiler, *Hakim ve Savcılarının Disiplin, Cezaî ve Hukukî Sorumlulukları*, s.106.

<sup>153</sup> Aldemir, *Hakimlik ve Savcılık Mesleğinin Temel Esasları*, s.643; Baş, “Hakimlerin ve Savcılarının Disiplin Yönünden Soruşturulmaları ve İşledikleri Suçlar Nedeniyle Yargılanmaları”, s.342; Aras, “Hakim ve Savcılar Hakkındaki Suç Soruşturma ve Kovuşturmalarında Uyulacak Usul ve Esaslar”, s.222.

önünde bulundurulduğunda, soruşturma aşamasına direkt geçilip bu denli gereksiz isnatlar için ilgili hâkim veya cumhuriyet savcısının savunmasının alınması yerine birtakım inceleme ve araştırmalarda bulunulması hâkim veya cumhuriyet savcısının çalışma isteğini kırmamak ve dolayısıyla adaleti geciktirmemek bakımından elzemdir.<sup>154</sup> Ayrıca Adalet veya Kurul müfettişlerinin denetim yahut soruşturma esnasında öğrendikleri ve gecikmesinde sakınca bulunan konularda soruşturma yapmak için önceden izin alması gerekmemektedir. Ancak bu gibi hallerde hemen ilgili mercie bildirimde bulunulur.<sup>155</sup>

## 2. Soruşturma

Kurul Başkanının soruşturma izni vermesiyle soruşturma evresi başlatılır. Bu durumda Kurulun birinci dairesi tekrar kıdemli bir hâkim yahut cumhuriyet savcısını muhakkik olarak atar veya gerekli görürse müfettiş vasıtasıyla inceleme yaptırılması için evrakı Teftiş Kuruluna gönderir.<sup>156</sup>

Görevlendirilen muhakkik ya da müfettiş ihbar veya şikâyete konu hâkim veya cumhuriyet savcısının savunmasını alır ve gerekli olan diğer hukuki iş ve işlemleri de yerine getirir.<sup>157</sup> Muhakkik veya müfettiş bunu yaparken HSK'nin 72. maddesinde öngörülen zamanasını sürelerini de dikkate alır. Soruşturma aşamasında artık ilgili hâkim veya cumhuriyet savcısının savunmasının alınması zorunludur. Savunmanın sağlıklı bir biçimde alınması için hâkim veya cumhuriyet savcısına kendisiyle ilgili olarak ileri sürülen iddialar tam, eksiksiz ve ayrıntılı olarak anlatılmalı ve savunma hakkı kısıtlanmamalıdır. Ayrıca soruşturma konusu eyleme ilişkin olarak hakları da hatırlatılmalıdır. Savunması alınan hâkim veya cumhuriyet savcısının savunmasında belirttiği deliller toplanır.

HSK'nin 84. maddesi ve Hâkimler ve Savcılar Kurulu'nun 2 No'lu Genelgesi'nde<sup>158</sup> savunma hakkının kullanımına ilişkin usul ve esaslar belirtilmiştir. Buna göre muhakkik veya müfettiş tarafından suç işlediği iddia olunan hâkim veya cumhuriyet savcılarında üç günden az olmamak üzere bir süre verilir veya belirtilen tarihte savunması alınır. Süresi içerisinde yahut belirtilen tarihte savunma yapmayan ilgili hâkim veya cumhuriyet savcısı savunma hakkından vazgeçmiş sayılır.<sup>159</sup>

<sup>154</sup> Eskiler, *Hakim ve Savcıların Disiplin, Cezai ve Hukuki Sorumlulukları*, s.104.

<sup>155</sup> Günay, *Uygulamada Hakim – Savcı Avukatlar İle Diğer Adli Personelin İşledikleri Suçlar ve Soruşturmalar*, s.26; Aldemir, *Hakimlik ve Savcılık Mesleğinin Temel Esasları*, s.634; Şan, *Özel Soruşturma Usulleri*, s.336; Özen, *Hakimin Cezai Sorumluluğu*, s.267.

<sup>156</sup> Gökcan ve Artuç, *Kamu Görevlisi ve Özel Soruşturma Usulleri (Memur Yargılaması)*, s.614; Aldemir, *Hakimlik ve Savcılık Mesleğinin Temel Esasları*, s.636; Şan, *Özel Soruşturma Usulleri*, s.336; Baş, "Hakimlerin ve Savcılarının Disiplin Yönünden Soruşturulmaları ve İşledikleri Suçlar Nedeniyle Yargılanmaları", s.343; Aras, "Hakim ve Savcılar Hakkındaki Suç Soruşturma ve Kovuşturmalarında Uygulanacak Usul ve Esaslar", s.224.

<sup>157</sup> Uygulamada, kıdem sorunu da yoksa hâkimler hakkında inceleme ve araştırma ve soruşturma işlemlerinin adli yahut idari yargı adalet komisyonu başkanlarına, ağır ceza mahkemesi başkanlarına; cumhuriyet savcılarının adli yapılacak inceleme ve araştırma ve soruşturma işlemlerinin ise cumhuriyet başsavcılarında yaptırıldığı görülmektedir. Gökcan ve Artuç, *Kamu Görevlisi ve Özel Soruşturma Usulleri (Memur Yargılaması)*, s.606.

<sup>158</sup> <https://www.hsk.gov.tr/Eklentiler/Dosyalar/a13933a3-d473-4a8e-8b06-126972ee0d7c.pdf> (E.T:10.12.2022).

<sup>159</sup> Savunmanın yapılabilmesi için daha uzun bir süre verilmesi gerektiğine dair görüş için bkz. Eskiler, *Hakim ve Savcılarının Disiplin, Cezai ve Hukuki Sorumlulukları*, s.113.

Hâkim ve cumhuriyet savcılarının hakkında görevi nedeniyle işlediği suç bakımından soruşturma yapılırken koruma tedbirlerine başvurulması sınırlandırılmıştır. Bu husus 2802 sayılı HSK'nin 88. maddesinde “*Ağır ceza mahkemesinin görevine giren suçüstü hâlleri dışında suç işlediği ileri sürülen hâkim ve savcılar yakalanamaz, üzerleri ve konutları aranamaz, sorguya çekilemez.*” denilerek vurgulanmıştır.<sup>160</sup> Ancak istisnai durumlarda da olsa tutuklama tedbirine başvurmak gerekebilir. Bu halde soruşturma aşamasında tutuklama talepleri son soruşturma açılmasına karar vermeye yetkili merci tarafından değerlendirilir. Tutuklamaya yahut salıvermeye ilişkin olarak verilen kararlara karşı cumhuriyet savcısı yahut tutuklanması talep edilen hâkim veya cumhuriyet savcısı tarafından genel hükümlere göre itiraz edilebilir. Bu itirazlar ise, ilgili hâkim veya cumhuriyet savcısının yargı çevresi içinde bulunduğu ağır ceza mahkemesi hariç olmak şartıyla, kararı veren mahkemeye en yakın ağır ceza mahkemesince incelenecektir.<sup>161</sup>

2802 sayılı HSK'nin 86. maddesinde hâkim ve cumhuriyet savcılarının işledikleri suçta iştirak edenlerin bu sınıftan olmasalar dahi aynı soruşturma usulüne göre soruşturulup kovuşturulacakları vurgulanmıştır.<sup>162</sup> Buna göre hâkim veya cumhuriyet savcısının suçuna iştirak eden kimseler bakımından evrak hakkında tefrik kararı verilmeyecek soruşturma ve kovuşturma hâkim veya cumhuriyet savcısına bağlı olarak aynı mercilerce yapılacaktır. Suça katılma ise asli yahut fer'i şekilde olabilecektir.<sup>163</sup>

Müfettiş veya muhakkik, ilgili hâkim veya cumhuriyet savcısının savunmasını aldıktan ve savunmada gösterdiği delilleri topladıktan sonra bir fezleke hazırlar.<sup>164</sup> Düzenlediği fezleke ve rapor evrakını kendi düşüncesiyle beraber Kurulun birinci dairesine gönderir. Söz konusu fezleke, taraflara ait bilgiler ve tüm iddiaların inceleme ve soruşturma maddeleri tek tek ayrıntılı bir şekilde gösterilir ve her bir fiile ilişkin bilgi ve belgelerin yanı sıra inceleme ve soruşturmanın işleyişine ilişkin seyir ve deliller belirtilir. Ayrıca soruşturma aşaması, olay akışı ve toplanan deliller ile sonuca nasıl varıldığına ilişkin bir illiyet bağı kurularak aktarılmalıdır. Fezlekenin de ekli olduğu dosya soruşturma aşamasının tamamlanması bakımından bir karar vermesi için Kurul ikinci dairesine gönderilir.<sup>165</sup>

<sup>160</sup> Özen, *Hakimin Cezaî Sorumluluğu*, s.273; Gökcan ve Artuç, *Kamu Görevlisi ve Özel Soruşturma Usulleri (Memur Yargılaması)*, s.615.

<sup>161</sup> Aldemir, *Hakimlik ve Savcılık Mesleğinin Temel Esasları*, s.637.

<sup>162</sup> Hâkim ve cumhuriyet savcılarının suçuna iştirak eden kimseler; kâtip, mübaşir, icra memuru, avukat, kolluk görevlileri olabilir. İştirak edenin kamu görevlisi olmaması da sonucu değiştirmez. Ayrıca bu düzenleme 4483 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun'un “*Bu Kanun kapsamındaki suçların iştirak halinde işlenmesi durumunda memur olmayan, memur olanla; ast memur, üst memurla aynı mahkemede yargılanır.*” şeklindeki 10. maddesi ile paralellik arz etmektedir. Gökcan ve Artuç, *Kamu Görevlisi ve Özel Soruşturma Usulleri (Memur Yargılaması)*, s.608.

<sup>163</sup> Günay, *Uygulamada Hakim – Savcı Avukatlar İle Diğer Adli Personelin İşledikleri Suçlar ve Soruşturmalar*, s.33.

<sup>164</sup> Aras, “Hakim ve Savcılar Hakkındaki Suç Soruşturma ve Kovuşturmalarında Uyulacak Usul ve Esaslar”, s.225.

<sup>165</sup> Baş, “Hakimlerin ve Savcılarının Disiplin Yönünden Soruşturulmaları ve İşledikleri Suçlar Nedeniyle Yargılanmaları”, s.343; Aras, “Hakim ve Savcılar Hakkındaki Suç Soruşturma ve Kovuşturmalarında Uyulacak Usul ve Esaslar”, s.226.

### 3. Kovuşturma

2802 sayılı HSK'de ceza muhakemesi hukuku bağlamında soruşturma ve kovuşturma aşaması ayrımı bulunmamaktadır. Dolayısıyla kanunda kovuşturma aşaması olarak adlandırılan bazı işlemler ceza muhakemesi hukuku bağlamında soruşturma aşamasında kalmaktadır.<sup>166</sup>

Kovuşturma aşaması iki basamaktan oluşmaktadır.<sup>167</sup> Birincisi ilk soruşturma aşamasıdır. Bu aşamada henüz ceza muhakemesi bakımından kovuşturma aşamasına başlanmamıştır. Çünkü ortada işlendiği iddia edilen fiillere ilişkin olarak düzenlenmiş bir iddianame yoktur. İkinci aşama ise son soruşturma aşamasıdır. Burada suç işlediği iddia edilen hâkim veya cumhuriyet savcısı hakkında nihai bir karar verilecektir. Verilen bu kararın kesinleşmesi akabinde ise kovuşturma sona erecektir.<sup>168</sup>

#### a) İlk Soruşturma

Kovuşturma izni verilmesinden son soruşturma kararı verilmesine kadar olan sürece ilk soruşturma denilmektedir.<sup>169</sup> Önceki ceza muhakemesi kanununda bulunan savcının davanameyi hazırlamasının ardından son soruşturma kararı vermesi için sorgu hâkimliğine sunması şeklinde bir muhakeme süreci bulunmaktaydı. Bu aşama günümüz ceza muhakemesi sistemi bakımından soruşturma aşamasını ifade etmektedir.<sup>170</sup> Ancak HSK bu işleyişi benimsediği ve CMK'ye göre özel nitelikte bir kanun olduğu ve bünyesinde barındırdığı özel nitelikteki içerikleri Anayasanın 139 vd. maddelerinden aldığı hususları göz önünde bulundurulduğunda, hâkim veya cumhuriyet savcılarının soruşturma ve kovuşturma usulü bakımından CMK değil HSK uygulama alanı bulacaktır.<sup>171</sup>

Soruşturma dosyası önüne gelen ikinci daire soruşturmaya konu olan fiilin disiplin veya cezai bakımdan kovuşturmaya gerek olmadığı kanaatine varırsa soruşturma evrakının işlemden kaldırılmasına dair bir karar verecektir. Ancak işlendiği iddia edilen fiilin gerek disiplin gerekse de cezai bakımdan kovuşturmayı gerektirdiği kanaatine varırsa cezai konuda kovuşturma izni vererek evrakın aslını kovuşturma işlemlerini yürütmesi için ilgili savcılığa gönderir. Gönderdiği evrakın bir örneğini de disiplin konusunda gerekli işlemleri yapmak adına dairede tutar.<sup>172</sup>

Kovuşturma izni verilmesi halinde, iddianamenin hangi yerde bulunan cumhuriyet savcılığınca düzenleneceği ve bu savcılığın son soruşturmanın açılmasına ilişkin bir karar vermesi için iddianameyi hangi mahkemeye sunacağı hususu kararda gösterilir. Bu durumda dosya ilgili

<sup>166</sup> Eskiler, *Hakim ve Savcıların Disiplin, Cezai ve Hukuki Sorumlulukları*, s.98.

<sup>167</sup> Aldemir, *Hakimlik ve Savcılık Mesleğinin Temel Esasları*, s.645.

<sup>168</sup> Eskiler, *Hakim ve Savcıların Disiplin, Cezai ve Hukuki Sorumlulukları*, s.118.

<sup>169</sup> Eskiler, *Hakim ve Savcıların Disiplin, Cezai ve Hukuki Sorumlulukları*, s.118.

<sup>170</sup> Geniş bilgi için bkz. Özen, *Hakimin Cezai Sorumluluğu*, s.263; Gökcan ve Artuç, *Kamu Görevlisi ve Özel Soruşturma Usulleri (Memur Yargulaması)*, s.607.

<sup>171</sup> Özen, *Hakimin Cezai Sorumluluğu*, s.263-264; Baş, "Hakimlerin ve Savcıların Disiplin Yönünden Soruşturulmaları ve İşledikleri Suçlar Nedeniyle Yargılanmaları", s.345-346; Aras, "Hakim ve Savcılar Hakkındaki Suç Soruşturma ve Kovuşturmalarında Uyulacak Usul ve Esaslar", s.228.

<sup>172</sup> Günay, *Uygulamada Hakim – Savcı Avukatlar İle Diğer Adli Personelin İşledikleri Suçlar ve Soruşturmalar*, s.27-28; Baş, "Hakimlerin ve Savcıların Disiplin Yönünden Soruşturulmaları ve İşledikleri Suçlar Nedeniyle Yargılanmaları", s.343-344; Aras, "Hakim ve Savcılar Hakkındaki Suç Soruşturma ve Kovuşturmalarında Uyulacak Usul ve Esaslar", s.226; Eskiler, *Hakim ve Savcıların Disiplin, Cezai ve Hukuki Sorumlulukları*, s.116.



hâkim veya cumhuriyet savcısının fiili işlediği tarih itibariyle yargı çevresinde bulunduğu ağır ceza mahkemesine en yakın ağır ceza mahkemesi cumhuriyet başsavcılığına; Adalet Bakanlığı merkez, bağlı ve ilgili kuruluşlarında görev yapanlar için ise Ankara cumhuriyet başsavcılığına gönderilir. Kovuşturma izni verilmesi sonrasında dosyanın hangi başsavcılığa yahut mahkemeye gönderileceği hususu şüpheli hâkim veya cumhuriyet savcısının suç tarihindeki görev yeri esas alınarak belirlenir. Daha sonra ilgilinin başka yere atanmış olması bu durumu değiştirmez.<sup>173</sup>

Dosya kendisine gönderilen cumhuriyet savcısı HSK md. 89/2 uyarınca beş gün içerisinde iddianame düzenlemek suretiyle evrakı, son soruşturmanın açılıp açılmaması hususunda bir karar vermek üzere ağır ceza mahkemesine verir.<sup>174</sup> Cumhuriyet savcısının yeterli delil olup olmadığını takdir etme yahut gecikmesinde sakınca bulunan haller dışında delil toplayıp soruşturmayı genişletip derinleştirme yetkisi yoktur. Ayrıca her ne kadar kanun metninde ağır ceza mahkemesine sunulan evraka iddianame denilmiş olsa da bu evrak CMK bağlamında geçerli bir iddianame yani dava açan belge niteliğinde olmadığından iddianamenin mahkeme tarafından iade edilmesinin mümkün olmadığı ileri sürülmüştür.<sup>175</sup>

#### b) Son Soruşturma

Dosya kendisine gelen ağır ceza mahkemesi, başsavcılık tarafından hazırlanan iddianamenin bir örneğini CMK uyarınca ilgili hâkim veya cumhuriyet savcısına tebliğ eder. Tebliğ sonrasında ilgili hâkim veya cumhuriyet savcısı delil toplanmasını ister yahut kabul edilebilir

<sup>173</sup> Baş, “Hakimlerin ve Savcıların Disiplin Yönünden Soruşturulmaları ve İşledikleri Suçlar Nedeniyle Yargılanmaları”, s.344; Aras, “Hakim ve Savcılar Hakkındaki Suç Soruşturma ve Kovuşturmalarında Uyulacak Usul ve Esaslar”, s.226.

<sup>174</sup> Hakkı Kamil Beşe, *Memurlar Hakkında Muhakeme Usulleri*, Ankara: Yeni Ceza Evi Matbaası, 1943, s.84; Aldemir, *Hakimlik ve Savcılık Mesleğinin Temel Esasları*, s.645; Eskiler, *Hakim ve Savcıların Disiplin, Ceza ve Hukuki Sorumlulukları*, s.118; Kamu görevlilerinin yargılanmasına ilişkin usulde öngörülmüş olan ve CMK’de bulunmayan son soruşturmanın açılması kavramı, kamu görevlisi hakkında gerçekleştirilen ilk soruşturma sonucunda elde edilen bulgu, belge ve delillere göre ceza kanunları bakımından suç teşkil eden bir fiilin işlendiğine dair yeterli şüphenin bulunması halinde gündeme gelmektedir. Son soruşturmanın açılması kararı ile ceza muhakemesi bakımından kovuşturma aşamasına geçilir. Dolayısıyla HSK md. 89’daki iddianame doğrudan kovuşturma aşamasına geçmek için yeterli değildir. Ayrıca ağır ceza mahkemesi tarafından son soruşturmanın açılmasına dair bir karar verilmesi gerekmektedir. Bu yüzden kanunda öngörülen iddianame ceza muhakemesi bağlamında teknik anlamda bir iddianamenin hüküm ve sonuçlarını doğurmaz. Aras, “Hakim ve Savcılar Hakkındaki Suç Soruşturma ve Kovuşturmalarında Uyulacak Usul ve Esaslar”, s.227.

<sup>175</sup> Baş, “Hakimlerin ve Savcıların Disiplin Yönünden Soruşturulmaları ve İşledikleri Suçlar Nedeniyle Yargılanmaları”, s.346; Aras, “Hakim ve Savcılar Hakkındaki Suç Soruşturma ve Kovuşturmalarında Uyulacak Usul ve Esaslar”, s.228; Yargıtay, HSK’deki cumhuriyet savcısının düzenlediği iddianameyi ceza muhakemesi hukuku ve dolayısıyla CMK bakımından teknik anlamda iddianame olarak kabul etmemekte ve “son soruşturmanın açılmasına dair” kararı iddianame yerine geçen belge niteliğinde varsayarak CMK’nin iddianamenin iadesi başlıklı 174. maddesi uyarınca iade edilebileceğini kabul etmektedir. Nitekim son soruşturmanın açılması kararı sonrasında yargılamayı yapmak üzere kendisine gönderilen bir dosyada sanığın yargı çevresine en yakın ağır ceza mahkemesi olan ve dosyayı Yargıtay’a gönderen Karşıyaka 2. Ağır Ceza Mahkemesi’nin, Karşıyaka Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından iddianame düzenlenmesi ve düzenlenecek olan iddianamede isnat edilen eylemler hakkında yargılama yapılmasını gerektirir nitelikte delil bulunup bulunmadığını değerlendirmesi gerekirken ilgili başsavcılıkça iddianame düzenlenmesizin şüpheli hakkında son soruşturmanın açılması kararı verilerek doğrudan kamu davası açılmasına yasal imkân olmadığı ve bu surette söz konusu mahkemenin CMK’nın 174/1-d maddesine aykırı olarak işlem yaptığından bahisle son soruşturmanın açılması kararının iadesine ve iddianame düzenlenmek suretiyle dosyanın Karşıyaka Cumhuriyet Başsavcılığına gönderilmesine karar vermiştir. Yargıtay 5. CD., 2022/12 D.İş.



isteklerde bulunursa, başkan bu hususları da göz önünde bulundurarak gerektiğinde soruşturmayı derinleştirir.<sup>176</sup> Ancak soruşturma başka kimseleri de kapsayacak şekilde genişletilemez.<sup>177</sup>

Görülebileceği üzere, ağır ceza mahkemesi delil toplama, soruşturmayı genişletip derinleştirme bakımından bir takdir hakkına sahiptir. Bu bağlamda ağır ceza mahkemesi talep edilen yahut kendisinin gerekli gördüğü bilgi, belge ve delilleri toplaması sonrasında son soruşturmanın açılmasına yahut açılmamasına ilişkin bir karar verir.<sup>178</sup>

Ağır ceza mahkemesi son soruşturmanın açılmasına yer olmadığı şeklinde bir karar verdiğinde ilgili hâkim veya cumhuriyet savcısı hakkında soruşturma bitmiş olur. Ancak cumhuriyet savcısı yahut diğer ilgililer son soruşturma açılmasına yer olmadığına ilişkin karara genel hükümlere göre itiraz edebilir. Söz konusu itiraz ise ilgilinin yargı çevresinin içinde bulunan ağır ceza mahkemesi hariç olmak üzere kararı veren mahkemeye en yakın ağır ceza mahkemesi tarafından incelenir.<sup>179</sup> Ancak önemle ifade etmek gerekir ki, son soruşturmanın açılmasına ilişkin karara itiraz mümkün değildir.<sup>180</sup>

Ağır ceza mahkemesi kendisine gelen iddianame sonrasında yaptığı değerlendirmeler sonucunda son soruşturmanın açılması kararı verdiğinde, kararda hangi yerdeki mahkeme tarafından son soruşturmasının yapılacağını açıkça göstermelidir. HSK md. 90 uyarınca bu mahkeme, birinci sınıfa ayrılan veya ağır ceza mahkemesi heyetine dahil bulunan<sup>181</sup> hakim veya cumhuriyet savcılarını bakımından Yargıtay'ın ilgili ceza dairesidir.<sup>182</sup> Bunların dışında kalan hâkim veya cumhuriyet savcılarını bakımından ise yargı çevresi içinde buldukları yerin bağlı bulunduğu ağır ceza mahkemesidir.

<sup>176</sup> Beşe, *Memurlar Hakkında Muhakeme Usulleri*, s.84; Gökcan ve Artuç, *Kamu Görevlisi ve Özel Soruşturma Usulleri (Memur Yargılaması)*, s.616; Baş, "Hakimlerin ve Savcılarının Disiplin Yönünden Soruşturulmaları ve İşledikleri Suçlar Nedeniyle Yargılanmaları", s.346; Eskiler, *Hakim ve Savcılarının Disiplin, Ceza ve Hukuki Sorumlulukları*, s.118.

<sup>177</sup> Günay, *Uygulamada Hakim – Savcı Avukatlar İle Diğer Adli Personelin İşledikleri Suçlar ve Soruşturmalar*, s.30

<sup>178</sup> Aras, "Hakim ve Savcılar Hakkındaki Suç Soruşturması ve Kovuşturmalarında Uygulanan Usul ve Esaslar", s.229; Son soruşturmanın açılmasına karar verecek ağır ceza mahkemesi koruma tedbirine başvurabilir yahut mevcut bir tedbire son verebilir. Dolayısıyla ilgili hâkim veya cumhuriyet savcısının tutuklanmasına yahut salıverilmesine ilişkin karar verme yetkisine haizdir. Özen, *Hakimin Ceza Sorumluluğu*, s.278.

<sup>179</sup> Beşe, *Memurlar Hakkında Muhakeme Usulleri*, s.85; Baş, "Hakimlerin ve Savcılarının Disiplin Yönünden Soruşturulmaları ve İşledikleri Suçlar Nedeniyle Yargılanmaları", s.346-347; Aras, "Hakim ve Savcılar Hakkındaki Suç Soruşturması ve Kovuşturmalarında Uygulanan Usul ve Esaslar", s.233.

<sup>180</sup> Şan, *Özel Soruşturma Usulleri*, s.338.

<sup>181</sup> Yargıtay ağır ceza mahkemesi heyetine dahil olmak bakımından hakim ve cumhuriyet savcısı noktasında farklı kriterler aramaktadır. Buna göre bir hâkimin ağır ceza mahkemesi heyetine dahil olarak kabul edilebilmesi için ağır ceza mahkemesi başkan veya üyesi sıfatıyla o yere atanmış olması veya müstemir yetki ile ağır ceza mahkemesi başkan veya üyeliği görevini yapıyor bulunmasını aramaktadır. Ayrıca ağır ceza mahkemesi heyetine dahil bir hakimin izin, hastalık, emeklilik gibi nedenlerle görevinden ayrılması üzerine Adalet Komisyonu Başkanları tarafından geçici süreyle görevlendirilen hakimler bakımından ise yalnızca bu görev süresiyle sınırlı olarak işlediği suçlar bakımından ağır ceza mahkemesi heyetine dahil olduğunu kabul etmektedir. Cumhuriyet savcılarını yönünden ise ağır ceza mahkemeleri bulunan yerdeki cumhuriyet başsavcılarını kanundan kaynaklanan görevleri sebebiyle sürekli, cumhuriyet savcılarını ise ağır ceza mahkemesinin yargılama faaliyetlerinde savcılık makamını temsil ile görevlendirilmeleri durumunda ve bu görev süresi ile sınırlı olarak ağır ceza mahkemesi heyetine dahil olduğunu kabul etmektedir. Yargıtay CGK., E. 2019/1, K. 2019/631, 24.10.2019.

<sup>182</sup> Söz konusu Yargıtay ilgili ceza dairesi Yargıtay Büyük Genel Kurulunun 25/01/2023 tarih ve 1 sayılı kararı ile belirlenen iş bölümüne göre kamu görevlisinin işleyebileceği suçların yargılmasını yapmak bakımından görevli olan Yargıtay Beşinci Ceza Dairesi'dir.

HSK md. 91 uyarınca hakkında kovuşturma yapılacak olan hâkim veya cumhuriyet savcısının son soruşturmayı yapacak mahkemenin belirlenmesinde son soruşturmanın açılmasına ilişkin kararın verildiği an önemlidir. Son soruşturmadan önce görevden ayrılanlar bakımından ise ayrılma zamanındaki sıfatları dikkate alınır. Geçici yetkili olarak başka kurum ve kuruluşlarda bulunanlar hakkında ise yetkili buldukları yerdeki sıfatları dikkate alınarak bir belirlenme yapılacaktır.<sup>183</sup> Daha açık bir anlatımla, bir hâkim veya cumhuriyet savcısı hakkında son soruşturmanın Yargıtay'ın ilgili ceza dairesinde yapılması için suçun işlendiği tarih itibariyle birinci sınıfa ayrılmış olması yahut ağır ceza mahkemesi heyetine dahil bulunması gerekmektedir. Son soruşturmanın açılmasına ilişkin kararın verildiği anda birinci sınıfa ayrılmış yahut ağır ceza mahkemesi heyetine dahil olmuş olması yeterlidir. Bu yüzden son soruşturmanın açılmasına ilişkin bir karar verecek olan ağır ceza mahkemesi mutlaka ilgili hâkim veya cumhuriyet savcısının birinci sınıfa ayrılıp ayrılmadığını Kurul Genel Sekreterliği'ne sormalıdır. Ayrıca son soruşturmanın açılmasına karar verildikten sonra ilgili hâkim veya cumhuriyet savcısının birinci sınıfa ayrılması bir değişiklik meydana getirmeyecektir.<sup>184</sup>

Son soruşturmanın açılmasına karar verildiğinde son soruşturmayı yapacak olan mahkeme süreci genel hükümler çerçevesinde yürütür. Hâkim veya cumhuriyet savcılarının sanık olduğu dava dosyaları acele işlerden sayılır. Dolayısıyla kanuni bir engel bulunmadıkça yargılama üç aydan daha fazla devam edemez.<sup>185</sup> Ayrıca karara karşılık olağan kanun yolları işletilebileceği gibi kararın kesinleşmesi sonrasında olağanüstü kanun yollarına başvurabilmek de mümkündür.<sup>186</sup>

Anlatılan bilgileri somutlaştıracak olursak; Gölbaşı cumhuriyet savcısı hakkında görevi nedeniyle yahut görevi sırasında işlediği iddia edilen bir suç ile ilgili gerekli inceleme ve araştırmanın yapılması, soruşturma ve kovuşturma izni verilmesi sonrasında ilgili cumhuriyet savcısına ilişkin evrak Ankara Batı Cumhuriyet Başsavcılığına gönderilecektir. Ankara Batı Cumhuriyet Başsavcısı iddianameyi beş gün içerisinde düzenleyecek ve son soruşturmanın açılması noktasında bir karar vermesi için Ankara Batı Ağır Ceza Mahkemesine sunacaktır. Ankara Batı Ağır Ceza Mahkemesi ise son soruşturmanın açılması kararı verirse, karar anında ilgili cumhuriyet savcısı birinci sınıfa ayrılmış yahut ağır ceza mahkemesi heyetine dahil olan bir cumhuriyet savcısı ise son soruşturma Yargıtay tarafından yapılacaktır. Ancak son soruşturmanın açılmasına ilişkin karar verildiğinde ilgili cumhuriyet savcısı birinci sınıfa ayrılmamışsa veya ağır

<sup>183</sup> Eskiler, *Hâkim ve Savcıların Disiplin, Ceza ve Hukuki Sorumlulukları*, s.121.

<sup>184</sup> Gökcan ve Artuç, *Kamu Görevlisi ve Özel Soruşturma Usulleri (Memur Yargılaması)*, s.617; Baş, "Hakimlerin ve Savcıların Disiplin Yönünden Soruşturulmaları ve İşledikleri Suçlar Nedeniyle Yargılanmaları", s.348; Aras, "Hâkim ve Savcılar Hakkındaki Suç Soruşturma ve Kovuşturmalarında Uyulacak Usul ve Esaslar", s.230, 232; "...sanığın, son soruşturma kararının verildiği tarihte, suç yeri itibariyle yetkili ve kanunda istisnai olarak belirlenen özel kural gereğince kendisini yargılamakla görevli bulunan Osmaniye 1. Ağır Ceza Mahkemesi heyetine dahil olmadığı gibi birinci sınıfa da ayrılmadığı, bu nedenle sanık hakkındaki yargılama yetki ve görevinin Osmaniye 1. Ağır Ceza Mahkemesi olduğu ..." Yargıtay CGK., E. 2019/1, K. 2019/631, 24.10.2019.

<sup>185</sup> Avcı, "Türk Hukukunda Hâkimin Görevi İhmal Suçu", s.97.

<sup>186</sup> Yapılan yargılama sonucunda mahkeme durma kararı verebileceği gibi delil durumuna, suçun sübutuna göre beraat, mahkûmiyet yahut zamanaşımı nedeniyle davanın düşmesi gibi kararları verebilir. Özen, *Hâkimin Ceza Sorumluluğu*, s.278-280; Örneğin, Yargıtay suç tarihinde Adalet Bakanlığı Daire Başkanı olan sanığa atfedilen rüşvet suçunun soruşturulması usulünün Yargıtay Birinci Başkanlık Kurulu tarafından gerçekleştirilmesi gerektiğinden bahisle durma kararı vererek dava dosyasını Yargıtay Kanunu md. 46'ya göre soruşturmayı yapmak üzere Yargıtay Birinci Başkanlık Kuruluna göndermiştir. Bkz. Yargıtay 5. CD., E. 2022/30, K. 2022/21, 05.05.2022.

ceza mahkemesi heyetine dahil değilse o zaman Ankara Batı Ağır Ceza Mahkemesi dosyayı son soruşturmayı yapmak üzere Ankara Ağır Ceza Mahkemesine gönderecek ve yargılama genel hükümlere göre bu mahkeme tarafından yapılacaktır.

## B. KİŞİSEL SUÇLARINDAN DOLAYI YARGILAMA USULÜ

### 1. Genel Olarak

2802 sayılı HSK'de öngörülen bir diğer soruşturma usulü, hâkim veya cumhuriyet savcısının kişisel suçlarının soruşturulması usulüdür. Hâkim veya cumhuriyet savcısının kişisel bir husumet sebebiyle, üçüncü şahısla yaptığı tartışma sonrasında kasten yaralama, hakaret veya tehdit gibi suçları işlemesi mümkündür. Bu durumda ilgili suçları işleyen hâkim veya cumhuriyet savcısı hakkında genel hükümlere göre soruşturma ve kovuşturma yapılacaktır.<sup>187</sup> Hâkim veya cumhuriyet savcılarının görevle ilgisi bulunan yahut görevi esnasında işledikleri suçlar dışında kalan tüm suçları kişisel suç kapsamındadır.<sup>188</sup>

Kişisel suçlarından dolayı hâkim veya cumhuriyet savcısı hakkında bir soruşturma veya kovuşturma yapılacaksa izin almaya gerek olmayıp tahkikat genel hükümlere göre yapılacaktır.<sup>189</sup> Ancak HSK md. 98 uyarınca Adalet Bakanlığı merkez, bağlı ve ilgili kuruluşlarında bulunan birinci sınıf hâkim veya cumhuriyet savcılarının bakımından Yargıtay üyeleri hakkındaki hükümler uygulama alanı bulacağı için bu kimselerle ilgili soruşturma yapılması Adalet Bakanının istemine bağlıdır.<sup>190</sup>

Bu itibarla hâkim veya cumhuriyet savcılarının kişisel suçları hakkında yapılacak olan soruşturma ve kovuşturmanın görevden doğan veya görevi esnasında işlediği suçların soruşturma ve kovuşturma usulü kadar özellik göstermediği görülmektedir. Ancak her ne kadar izin gerekli olmasa da kanun koyucu ilk soruşturma ve son soruşturmayı yürütecek mercilerin genel hükümlere göre belirlenmesini uygun görmemiş, 93. maddede kendisi düzenleme altına almıştır.<sup>191</sup> Esasen bu düzenlemenin amacı suç işlediği iddia edilen hâkim veya cumhuriyet savcısını korumak, kayırmak değil; meslektaşların bir arada çalışmaktan doğan ve birisinin diğerine karşı

<sup>187</sup> Aldemir, *Hakimlik ve Savcılık Mesleğinin Temel Esasları*, s.651.

<sup>188</sup> Gökcan ve Artuç, *Kamu Görevlisi ve Özel Soruşturma Usulleri (Memur Yargılaması)*, s.618; Baş, “Hakimlerin ve Savcılarının Disiplin Yönünden Soruşturulmaları ve İşledikleri Suçlar Nedeniyle Yargılanmaları”, s.274; Aras, “Hakim ve Savcılar Hakkındaki Suç Soruşturma ve Kovuşturmalarında Uygulacak Usul ve Esaslar”, s.235.

<sup>189</sup> Günay, *Uygulamada Hakim – Savcı Avukatlar İle Diğer Adli Personelin İşledikleri Suçlar ve Soruşturmalar*, s.34; Özen, *Hakimin Cezai Sorumluluğu*, s.282; Gökcan ve Artuç, *Kamu Görevlisi ve Özel Soruşturma Usulleri (Memur Yargılaması)*, s.618; Avcı, “Türk Hukukunda Hâkimin Görevi İhmal Suçu”, s.97.

<sup>190</sup> Aldemir, *Hakimlik ve Savcılık Mesleğinin Temel Esasları*, s.654; Eskiler, *Hakim ve Savcılarının Disiplin, Cezai ve Hukuki Sorumlulukları*, s.130; Aras, “Hakim ve Savcılar Hakkındaki Suç Soruşturma ve Kovuşturmalarında Uygulacak Usul ve Esaslar”, s.239; Yargıtay 5. Ceza Dairesi 2022/30 E. ve 2022/21 K. sayılı ve 05.05.2022 tarihli kararında “Suç tarihinde Adalet Bakanlığı Hukuk İşleri Genel Müdürlüğünde Daire Başkanı olan sanığın Adalet Bakanlığı merkez, bağlı ve ilgili kuruluşlarında görev yapan birinci sınıf hakim ve savcılardan olması ve atılı olan rüşvet alma suçunu bu görevi sırasında işlediğinin iddia edilmesi karşısında .... İlk derece ağır ceza mahkemesinin son soruşturmanın açılması kararıyla kamu davasının açılmasının kanuni olarak mümkün olmadığı ...” şeklinde hüküm vermiştir;

Adalet bakanı ilgili hâkim veya cumhuriyet savcılarının hakkında soruşturma yapılmasını istediği takdirde 2797 sayılı Yargıtay Kanunu md. 46 uyarınca Yargıtay Birinci Başkanlar Kurulu tarafından Yargıtay ceza dairesi başkanlarından biri görevlendirilir. Gökcan ve Artuç, *Kamu Görevlisi ve Özel Soruşturma Usulleri (Memur Yargılaması)*, s.619.

<sup>191</sup> Tercan, *Hakimlerin Sorumluluğu*, s.119.

yakınlık yahut husumet besleme ihtimali göz önünde bulundurularak bu kimselerin birlikte görev yaptıkları meslektaşları tarafından yargılanmasına yani meslektaşlarını tesir altına almalarına ya da haksız yargılanmalarına ve dolayısıyla adil bir yargılamanın gerçekleşmesinin engel olunmasına müsaade etmemektir. Bu vesileyle yargılama tarafsız ve objektif bir şekilde gerçekleşecektir.<sup>192</sup>

## 2. Yargılama Usulü

Daha önce ifade edildiği üzere, ihbar veya şikâyet kendisine herhangi bir yolla ulaşan HSK'nin ilgili dairesi ilk olarak suçun soruşturma usulünü belirlemek bakımından kişisel bir suç mu ya da görev suçu mu olduğunu tespit edecektir. Suçun kişisel bir suç olduğunun tespiti sonrasında ise gereğini yapmak üzere ilgili cumhuriyet başsavcılığına ihbar veya şikâyeti iletacaktır.<sup>193</sup>

Kanununun 93. maddesinde ilgili ihbar veya şikâyetin hangi merci tarafından soruşturulacağı ve kovuşturulacağı düzenleme altına alınmıştır. Buna göre ihbar veya şikâyet ilgili hâkim veya cumhuriyet savcısının görev yaptığı yerin bağlı bulunduğu bölge adliye mahkemesinin bulunduğu yerdeki cumhuriyet başsavcılığı tarafından soruşturulacak ve aynı yer ağır ceza mahkemesi tarafından kovuşturulacaktır. Adalet Bakanlığı merkez, bağlı ve ilgili kuruluşlardaki hâkim veya cumhuriyet savcısı hakkındaki soruşturma Ankara cumhuriyet başsavcılığı; kovuşturma ise Ankara ağır ceza mahkemesi tarafından yapılacaktır.<sup>194</sup> Görüldüğü üzere, kişisel suçlarından dolayı yargılanacak hâkim veya cumhuriyet savcılarının yargılamayı yürütecek merciin tespiti bakımından suçun işlendiği yer önem arz etmemektedir.<sup>195</sup>

Kişisel suçları dahi olsa hâkim veya cumhuriyet savcılarının soruşturulması hiçbir surette cumhuriyet savcısına ya da kolluğa bırakılmayacak, soruşturma cumhuriyet başsavcısınca bizzat yapılacak, talimatlar da muadil makama yazılacaktır. Bu husus Hakimler ve Savcılar Kurulu tarafından 30.04.2014 tarihinde çıkarılan 2 No'lu Genelge'de açıkça ifade edilmiştir. Ayrıca

<sup>192</sup> Şan, *Özel Soruşturma Usulleri*, s.330; Eskiler, *Hakim ve Savcıların Disiplin, Ceza ve Hukuki Sorumlulukları*, s.129.

<sup>193</sup> Aras, "Hakim ve Savcılar Hakkındaki Suç Soruşturma ve Kovuşturmalarında Uyulacak Usul ve Esaslar", s.235; "...Suç tarihlerinde birinci sınıf Cumhuriyet savcısı olan sanıkların, kamuoyunda bilinen bazı adli soruşturmalar ve kovuşturmalarla ilgili olarak gazete ve internette yayınlanan açıklamaları ... görev sebebiyle işlenen suç olarak nitelendirilerek aynı Kanun'un 90. maddesi uyarınca ilk derece mahkemesi sıfatıyla son soruşturmanın yapılması için dosya Yargıtaya gönderilmiş ise de; Sanıkların basına yansıyan açıklamalarının yapıldığı ve yayınlandığı tarihler itibarıyla bu açıklamalarda söz edilen soruşturma ve kovuşturmaların yürütülmesi veya haklarındaki davaya konu açıklamaları yapmaları hususunda kanundan ya da idari düzenlemelerden doğan bir görevleri bulunmadığı gibi bu açıklamalar görevleri sırasında da yapılmadığından, sanıklara atılı eylemlerin görevi kötüye kullanma suçu olarak kabul edilemeyeceği ... sanıkların eylemlerinin kişisel suç olarak kabulü gerektiği, ... yargılama yapma yetkisinin Yerel Mahkemeye ait olup ... Adana 4. Ağır Ceza Mahkemesinin 17.01.2019 tarihli ve 19-22 sayılı görevsizlik kararının KALDIRILMASINA..." Yargıtay CGK., E. 2019/116, K. 2019/275, 02.04.2019.

<sup>194</sup> Aldemir, *Hakimlik ve Savcılık Mesleğinin Temel Esasları*, s.655; Baş, "Hakimlerin ve Savcıların Disiplin Yönergesinden Soruşturulmaları ve İşledikleri Suçlar Nedeniyle Yargılanmaları", s.349-350; Aras, "Hakim ve Savcılar Hakkındaki Suç Soruşturma ve Kovuşturmalarında Uyulacak Usul ve Esaslar", s.235.

<sup>195</sup> Şan, *Özel Soruşturma Usulleri*, s.330; Eskiler, *Hakim ve Savcıların Disiplin, Ceza ve Hukuki Sorumlulukları*, s.131; Suç hâkim veya cumhuriyet savcısının görev yaptığı yer dışında bir yerde işlenmişse; suçun işlendiği yer cumhuriyet savcısı toplanması gerekli olan delilleri toplayıp yetkisizlik kararı vererek dosyayı soruşturmayı yürütmeye yetkili cumhuriyet başsavcılığına gönderecektir. Gökcan ve Artuç, *Kamu Görevlisi ve Özel Soruşturma Usulleri (Memur Yargılaması)*, s.618.

soruşturma gerçekleştirilirken CMK'deki usule uyarak koruma tedbirlerine başvurmaya bir engel yoktur.<sup>196</sup>

Cumhuriyet başsavcısı tarafından yapılan soruşturma neticesinde iddianame düzenleyip ağır ceza mahkemesinde dava açılabilceği gibi, kovuşturma yapılmasına yer olmadığına ilişkin bir karar da verilebilir. Cumhuriyet başsavcısı şayet dava açmaya kanaat getirirse, suç işleyen hâkim veya cumhuriyet savcısının fiili hangi mahkemenin görev alanına girerse girsin davayı ağır ceza mahkemesinde açacaktır.<sup>197</sup>

Yapılan soruşturma neticesinde düzenlenen iddianame yahut verilen kovuşturmaya yer olmadığına dair karar ve dosyanın örneği; kamu davası açılmış ve yargılama yapılmışsa verilen kararın kesinleşme şerhiyle birlikte dosya örneğinin disiplin bakımından gereği yapılmak üzere; Adalet bakanlığı merkez, bağlı ve ilgili kuruluşlarındaki hâkim ve cumhuriyet savcıları -birinci sınıf hâkim veya cumhuriyet savcıları hariç olmak üzere- için Adalet Bakanlığı Ceza İşleri Genel Müdürlüğüne, bunların dışında kalan hâkim veya cumhuriyet savcıları için ise Kurulun Genel Sekreterliğine gönderilmesi gerekmektedir.<sup>198</sup>

### C. ORTAK HÜKÜMLER

#### 1. Genel Olarak

Kanunda ortak hükümler başlığı altında, hâkim veya cumhuriyet savcılarının gerek görevi gereği ve görevi esnasında gerekse de kişisel olarak işledikleri iddia edilen fiillerin yargılama sürecine ilişkin ortak düzenlemeler öngörülmüştür.

Bu itibarla hâkimler ve cumhuriyet savcıları hakkında yapılan ihbar ve şikâyetlerin belirli birtakım şartları ihtiva etmesi gerektiği belirtilmiş, aksi durumda işleme konulmayacağı ifade edilmiştir.<sup>199</sup> Buna göre belirli bir konuyu içermeyen, somut delillere dayanmayan, başvuranın adı, soyadı ve imzası ile iş yahut yerleşim adresi ve vatandaşlar için kimlik numarası bulunmayan; daha önce şikâyete konu olup sonuçlandırılan olaylara ilişkin yeni delil içermeyen; kanun yollarında ileri sürülebilecek yahut hâkimin takdir yetkisinin sınırları içerisinde kalan hususlarda ve son olarak akıl hastalığı sebebiyle vesayet altına alınmış yahut vesayet altına alınmakla birlikte akıl hastası olduğu sağlık kurulu raporuyla belirlenenler tarafından verilen ihbar veya şikâyet dilekçeleri işleme konulmaz. Ancak dilekçede isim, imza veya adres gibi hususlar bulunmasa da ihbar veya şikâyete ilişkin somut deliller bulunuyorsa bu durumda konu hakkında gerekli olan araştırma ve inceleme yapılır.

Yine kanunun 95 ila 98. maddeleri arasında; hâkim ve cumhuriyet savcılarına ilişkin yargılamaların ve bunlara ilişkin kanun yolu incelemelerinin acele işlerden olduğu, dolayısıyla bu yargılamaların öncelikle ve ivedilikle yapılacağı; hüküm veya kararın kesinleşmesi

<sup>196</sup> Baş, "Hakimlerin ve Savcıların Disiplin Yönünden Soruşturulmaları ve İşledikleri Suçlar Nedeniyle Yargılanmaları", s.350.

<sup>197</sup> Baş, "Hakimlerin ve Savcıların Disiplin Yönünden Soruşturulmaları ve İşledikleri Suçlar Nedeniyle Yargılanmaları", s.351.

<sup>198</sup> Baş, "Hakimlerin ve Savcıların Disiplin Yönünden Soruşturulmaları ve İşledikleri Suçlar Nedeniyle Yargılanmaları", s.350; Aras, "Hakim ve Savcılar Hakkındaki Suç Soruşturma ve Kovuşturmalarında Uygulacak Usul ve Esaslar", s.236.

<sup>199</sup> Tercan, *Hâkimlerin Sorumluluğu*, s.113.

sonrasında disiplin bakımından gereğinin yapılması için yetkili mercie gönderilmesi ve Adalet Bakanlığı merkez, bağlı ve ilgili kuruluşlarda görev yapan birinci sınıf hâkim ve cumhuriyet savcılarının soruşturma ve kovuşturma bakımından Yargıtay üyelerine ilişkin usullere tabi olduğu hususları belirtilmiştir.

## 2. Ağır Ceza Mahkemesinin Görevine Giren Suçüstü Hali

Yukarıda açıklamış olduğumuz görev sebebiyle ve görev sırasında işlenen ve kişisel suçlara ilişkin soruşturma usulüne kanun koyucu bir istisna getirmiş ve hâkim ve cumhuriyet savcılarının ağır ceza mahkemesinin görevine giren suçüstü halinde soruşturma ve kovuşturmanın genel hükümlere göre yapılacağını belirtmiştir. Buna göre soruşturma suçun işlendiği yer cumhuriyet başsavcılığınca CMK hükümlerine göre yürütülecektir.<sup>200</sup>

Ağır ceza mahkemesinin görevine giren suçüstü halinin somutlaştırılması bakımından, ağır ceza mahkemesinin görevine giren suçları ve suçüstü halini açıklamakta fayda vardır.

Kanun koyucu ağır ceza mahkemesinin görevine giren suçları 5235 sayılı kanununun 12. maddesinde

“Kanunların ayrıca görevli kıldığı hâller saklı kalmak üzere, Türk Ceza Kanununda yer alan yağma (m. 148), irtikâp (m. 250/1 ve 2), resmî belgede sahtecilik (m. 204/2), nitelikli dolandırıcılık (m. 158), hileli iflâs (m. 161) suçları, Türk Ceza Kanununun İkinci Kitap Dördüncü Kısımının Dört, Beş, Altı ve Yedinci Bölümünde tanımlanan suçlar (318, 319, 324, 325 ve 332 nci maddeler hariç) ve 12/4/1991 tarihli ve 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanununun kapsamına giren suçlar dolayısıyla açılan davalar ile ağırlaştırılmış müebbet hapis, müebbet hapis ve on yıldan fazla hapis cezalarını gerektiren suçlarla ilgili dava ve işlere bakmakla ağır ceza mahkemeleri görevlidir.”

şeklinde tespit etmiştir.

Suçüstü kavramının ise 5271 sayılı CMK'nin tanımlar başlıklı 2. maddesinde “İşlenmekte olan suç, henüz işlenmiş olan fiil ile fiilin işlenmesinden hemen sonra kolluk, suçtan zarar gören veya başkaları tarafından takip edilerek yakalanan kişinin işlediği suç, fiilin pek az önce işlendiğini gösteren eşya veya delille yakalanan kimsenin işlediği suç” kapsadığı belirtilmiştir.

Kanunun sarih ifadesinden de anlaşılacağı üzere, hâkim ve cumhuriyet savcıları hakkında yapılacak olan soruşturmanın genel hükümlere göre yapılabilmesi için fiilin ağır ceza mahkemesinin görevine giren bir suça vücut vermesi ve suçüstü halinin bulunması şartlarının kümülatif olarak gerçekleşmesi gerekmektedir. Dolayısıyla fiil ağır ceza mahkemesinin görevine giren bir suça vücut veriyor ancak suçüstü hali yoksa yahut aksi durumda yine özel soruşturma usulleri uygulama alanı bulacaktır.<sup>201</sup> Ayrıca bu hallerde soruşturma yapılması noktasında herhangi bir izin alınmasına da gerek yoktur.<sup>202</sup> Ancak bu durum hemen ilgili mercie bildirilecektir.

<sup>200</sup> Avcı, “Türk Hukukunda Hâkimin Görevi İhmal Suçu”, s.97; Aras, “Hakim ve Savcılar Hakkındaki Suç Soruşturma ve Kovuşturmalarında Uyulacak Usul ve Esaslar”, s.242.

<sup>201</sup> Baş, “Hakimlerin ve Savcıların Disiplin Yönünden Soruşturulmaları ve İşledikleri Suçlar Nedeniyle Yargılanmaları”, s.353.

<sup>202</sup> Aras, “Hakim ve Savcılar Hakkındaki Suç Soruşturma ve Kovuşturmalarında Uyulacak Usul ve Esaslar”, s.242.



Kanun koyucunun milletvekili gibi başka kimselerin de yargılanmasında istisna olarak öngördüğü ağır ceza mahkemesinin görevine giren suçüstü halinde genel hükümler uyarınca soruşturma yapılmasını istemesi, bu durumda isnadın ciddiliğine dair kuvvetli bir karinenin bulunması sebebiyledir.<sup>203</sup>

## SONUÇ

Hâkimler, insanların malvarlığı ve hürriyetleri gibi temel değerler noktasında kesin hüküm niteliğinde karar vermek yetkisine sahip olmaları sebebiyle sorumluluğu ağır bir görev ifa etmektedir. Bu yüzden, hâkimlik mesleğine kabul edilecek kişiler özenle seçilmeli ve mesleğin devamı süresince hukuki yeterliliğin ve hâkimliğin vakarına yakışır temel niteliklerin varlığı özenle denetlenmelidir.

Hâkimin sorumluluğu kavramı, hâkimin yargılama faaliyetini icra ederken işlediği hukuka aykırı fiillerden hukuki, cezai ya da disiplin sorumluluğunun doğup doğmayacağına ilişkindir. Hâkimin bu denli sorumluluğunun olup olmayacağı tarihsel süreç içerisinde çokça tartışılmış ve neredeyse tüm hukuk düzenleri tarafından, uygulamada farklılıklar bulunmakla birlikte, kabul edilmiştir. Mevzuatımızda da hâkimlerin gerek hukuki gerekse de cezai anlamda sorumlu olduğuna ilişkin düzenlemeler bulunur. Ancak hâkimlerin icra ettikleri görevin önemi kanun koyucu tarafından göz önünde bulundurulmuş ve hâkimin sorumluluğu diğer kamu görevlilerinin sorumluluğundan farklı bir usule tabi kılınarak ayrıca ve açıkça düzenlenme altına alınmıştır.

Hâkimin hukuki sorumluluğu, hâkimin yargısal faaliyetleri icra ederken verdiği karar veya hükümler sebebiyle yargılananın taraflarının zarara uğramasına sebebiyet vermesi halinde gündeme gelecek tazminat sorumluluğunu ifade etmektedir. Hâkimin hukuki sorumluluğu mevzuatımızda hukuk hâkimi ve ceza hâkimi ve cumhuriyet savcısı ayrımı yapılmak suretiyle düzenleme altına alınmıştır. Buna göre hukuk hâkiminin hukuki sorumluluğu HMK'de ve ceza hâkimi ve cumhuriyet savcısının hukuki sorumluluğu ise CMK'de düzenlenmiştir.

Hukuk hâkiminin hukuki sorumluluğu HMK'nin 46 vd. maddelerinde düzenleme altına alınmıştır. Buna göre hâkim yargılama faaliyetini icra ederken kasten yahut ağır ihmal ile sebebiyet verdiği zararlardan sorumludur. Ancak söz konusu sorumluluk hâkimlerin haksız ve mesnetsiz birtakım iddialar ile sık sık karşı karşıya kalmamaları ve bu surette adalet dağıtımının gecikmemesi için çok sıkı şekil şartlarına bağlanmış, çok sınırlı bir alana özgülenmiştir. Buna

<sup>203</sup> Ergun Özbudun, *Türk Anayasa Hukuku*, Ankara: Yetin Basımevi, 2012, s.295; Gözler, *Türk Anayasa Hukuku Dersleri*, s.205; Aras, "Hakim ve Savcılar Hakkındaki Suç Soruşturma ve Kovuşturmalarında Uyulacak Usul ve Esaslar", s.242; CMK md. 161/8'de "*Türk Ceza Kanununun 302, 309, 311, 312, 313, 314, 315 ve 316 ncı maddelerinde düzenlenen suçlar hakkında, görev sırasında veya görevinden dolayı işlenmiş olsa bile Cumhuriyet savcılarınca doğrudan soruşturma yapılır. 1/11/1983 tarihli ve 2937 sayılı Devlet İstihbarat Hizmetleri ve Milli İstihbarat Teşkilatı Kanununun 26 ncı maddesi hükmü saklıdır.*" şeklinde bir hüküm bulunmaktadır. 2802 sayılı kanun hâkimler ve cumhuriyet savcılarına ilişkin olarak gerek görev nedeniyle veya görev sırasında gerekse de kişisel suçları bakımından bir soruşturma usulü öngörmüş ve bu hallerin istisnası olarak ağır ceza mahkemesinin görevine giren suçüstü halini de ayrıca ve açıkça düzenlemiştir. Ancak CMK'ye göre özel nitelikte bir kanun olmasına rağmen uygulamada CMK'nin 161/8. maddesinin hâkimler ve cumhuriyet savcıları bakımından da uygulama alanı bulduğu görülmektedir. Bu uygulamaya getirilen eleştiriler için bkz. Aras, "Hakim ve Savcılar Hakkındaki Suç Soruşturma ve Kovuşturmalarında Uyulacak Usul ve Esaslar", s.271 vd.



göre hâkimin hukuki sorumluluğuna ilişkin sebepler kanunda tek tek sayılmış, bu sorumluluk sebepleri dışında bir sebebe dayanılarak HMK uyarınca hâkimin hukuki sorumluluğuna gidilemeyeceği ifade edilmiştir. Dolayısıyla söz konusu sorumluluk sebepleri tahdidi olup kıyas yoluyla genişletilmesi mümkün değildir. Öte yandan hâkimlerin icra ettikleri görevin ağırlığı göz önünde bulundurularak hâkimlerin yalnızca ağır ihmal yahut kasten verdiği zararlardan sorumlu olması esas kabul edilmiştir. Ayrıca hâkimin yargılama faaliyetini icra ederken verdiği karar veya hükümlerden doğan zararlardan birinci derecede sorumlunun devlet olduğu, ancak devletin tazminatın ödenmesinden itibaren bir yıl içerisinde ilgili hâkime rücu edeceği ifade edilerek sorumluluk hafifletilmiş ve hâkim koruma altına alınmıştır.

Ceza hâkiminin ve cumhuriyet savcısının hukuki sorumluluğu ise CMK 141 vd. maddelerinde düzenlenmiştir. CMK kapsamında hâkimin hukuki sorumluluğu, HMK'ye göre sınırları genişletilmiş bir sorumluluk biçimidir. Buna göre hâkim veya cumhuriyet savcısının sorumluluğu yalnızca yargılama faaliyetini icra ederken verdikleri zararlardan değil; kişisel kusur, haksız fiil yahut diğer sorumluluk biçimlerinde de olsa bir suç soruşturması yahut kovuşturması kapsamında yaptıkları hukuki iş ve işlemler ve verdikleri kararlar sebebiyle doğan zararın giderilmesi için tazminat davası devlet aleyhine açılacaktır. Öte yandan kanun koyucu koruma tedbirleri sebebiyle doğan zararlar bakımından da tazminat davası açılması esasını ayrıca düzenlemiş ve ilgili sorumluluk sebeplerini tahdidi olarak belirlemiştir. Söz konusu düzenleme AİHS ile uyumlu olmakla birlikte AİHS'in öngördüğü koruma tedbirlerine ek olarak elkoyma ve arama tedbirleri bakımından da tazminat talebinde bulunulmasına olanak sağlaması sebebiyle daha geniş bir güvence alanı tanımaktadır. Ayrıca HMK'den farklı olarak tazminat davasının devlet aleyhine sonuçlanması halinde, devletin ilgili hâkime rücu etmesi hâkim veya cumhuriyet savcısının görevini kötüye kullanmış olması şartına bağlanmıştır.

Hâkim ve cumhuriyet savcılarının hukuka aykırı iş ve işlemlerinden dolayı hukuki sorumluluğu bulunduğu gibi hukuka aykırı ve bir suça vücut veren eylemlerinden dolayı da cezaî sorumluluğu bulunmaktadır. Hâkimin cezaî sorumluluğu da icra ettiği görevin önemi göz önünde bulundurularak diğer kamu görevlilerinden farklı bir usule bağlanmış ve ayrıca ve açıkça düzenlenmiştir. Söz konusu sorumluluk HSK'nin 82 ila 98. maddeleri arasında görevden doğan veya görevi sırasında işlenen suçlar, kişisel suçlar ve bu iki hale istisna teşkil eden ağır ceza mahkemesinin görevine giren suçüstü hali şeklinde üç ayrı usulde öngörülmüştür. Hâkim ve cumhuriyet savcılarının görevden doğan veya görevi sırasında işledikleri suçların soruşturulması usulü ile kişisel suçlarının soruşturulması usulü birbirinden farklıdır. Dolayısıyla hâkim veya cumhuriyet savcısının suç işlediğine ilişkin iddia Hakimler ve Savcılar Kurulu tarafından herhangi bir surette öğrenildiğinde, Kurul ilk olarak işlendiği iddia edilen suçun görev suçu mu yoksa kişisel suç mu olduğunu tespit edecek ve ilgili soruşturma usulünü işletecektir.

Hâkim veya cumhuriyet savcısının görevden doğan veya görevi sırasında işlediği suçun soruşturulması usulü birden fazla makamın yetkili olduğu ve inceleme ve araştırma, soruşturma ve kovuşturma şeklinde üç aşamadan oluşan kompleks bir usuldür. Ayrıca hâkim veya cumhuriyet savcısının görevden doğan veya görevi sırasında işlediği iddia edilen suçlar bakımından, diğer kamu görevlilerinden farklı olarak, gerek soruşturmaya gerekse de kovuşturmaya başlanması için yetkili merciin izninin alınması gerekmektedir.

Her ne kadar görev suçu kadar özellik göstermese de hâkim veya cumhuriyet savcısının işlediği iddia edilen kişisel suçlar bakımından da kanun koyucu birtakım hükümler öngörerek diğer kamu görevlilerinden farklı bir soruşturma usulü benimsemiştir. Buna göre hâkim veya cumhuriyet savcısının kişisel suçları HSK’de öngörülen özel yetki kuralları çerçevesinde soruşturulacak ve bunun dışındaki uygulama ise genel hükümlere göre yapılacaktır. Öte yandan hâkim veya cumhuriyet savcısının işlediği suç ister görev suçu isterse de kişisel suç olsun somut olay bazında ağır ceza mahkemesinin görevine giren suçüstü hali varsa soruşturma usul olarak herhangi bir özellik göstermeyecek ve genel hükümlere göre yürütülecektir.

## KAYNAKÇA

- Aldemir, Hüsnü. *Hakimlik ve Savcılık Mesleğinin Temel Esasları*. Ankara: Seçkin Yayınevi, 2013.
- Aras, Bahattin. “Hakim ve Savcılar Hakkındaki Suç Soruşturma ve Kovuşturmalarında Uyulacak Usul ve Esaslar”. *AÜHFD* 71/1 (2022), 207-279.
- Arslan, Ramazan vd. *Medeni Usul Hukuku*. Ankara: Yetkin Basımevi, 4. Baskı, 2018.
- Arslan, Ramazan vd. *Notlu – Gerekçeli Hukuk Muhakemeleri Kanunu ve İlgili Mevzuat*. Ankara: Yetkin Basımevi, 5. Baskı, 2018.
- Avcı, Mustafa. “Türk Hukukunda Hâkimin Görevi İhmal Suçu”. *Kamu Hukuku Arşivi Dergisi* (Haziran 1999), 75-101.
- Aydın, Melikşah. *İslam ve Osmanlı Hukukunda Hâkimlik ve Hâkimlerin Nitelikleri*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2016.
- Aydınlı, Sezai. *Hâkimlerin Hukuki Sorumluluğu*. Ankara: Dayınlarlı Hukuk Yayınları, 1997.
- Baş, Eylem. “Hakimlerin ve Savcılarının Disiplin Yönünden Soruşturulmaları ve İşledikleri Suçlar Nedeniyle Yargılanmaları”. *Ankara Barosu Dergisi* 3 (2016), 265-360.
- Başgil, Ali Fuat. *Hukukun Ana Mesele ve Müesseseleri Konferanslar*. İstanbul: Yağmur Yayınevi, 2008.
- Beşe, Hakkı Kamil. *Memurlar Hakkında Muhakeme Usulleri*. Ankara: Yeni Ceza Evi Matbaası, 1943.
- Centel, Nur ve Zafer, Hamide. *Ceza Muhakemesi Hukuku*. İstanbul: Beta Yayıncılık, 7. Baskı, 2010.
- Çağlayan, Ramazan. “Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanmasına İlişkin 4483 Sayılı Kanunun Hakkında Bir Değerlendirme”. *AÜEHFD* 71/1-2 (2003), 105-128.
- Demir, Mehmet. “Hakime Hukuksal Sorumluluğu Nedeniyle Açılan Tazminat Davası”. *AÜEHFD* 71/3-4 (2003), 805-861.
- Dönmez, Burcu. “Ceza Muhakemesi Uygulamasında Görev Suçu”. *DEÜHFD* 19/3 (2017), 2727-2748.
- Ermumcu, Osman. *Hakimlerin Hukuki Sorumluluğu*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2. Baskı, 2013.
- Eskiler, Selman. *Hakim ve Savcılarının Disiplin, Ceza ve Hukuki Sorumlulukları*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2020.
- Fendoğlu, Hasan Tahsin. *Türk Hukuk Tarihi*. İstanbul: Filiz Kitabevi, 2000.
- Gökcan, Hasan Tahsin ve Artuç, Mustafa. *Kamu Görevlisi ve Özel Soruşturma Usulleri (Memur Yargılaması)*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2. Baskı, 2008.
- Gözler, Kemal. *Türk Anayasa Hukuku Dersleri*. Bursa: Ekin Basım Yayın Dağıtım, 19. Baskı, 2015.
- Gözbüyük, Şeref. *Hukuka Giriş ve Hukukun Temel Kavramları*. Ankara: Turhan Kitabevi, 8. Baskı, 1993.
- Günay, Erhan. *Hakimin Yasaklılığı-Reddi ve Hukuki Sorumluluğu*. Ankara: Seçkin Yayınevi, 2018.
- Günay, Erhan. *Koruma Tedbirleri Sebebiyle Tazminat ve Hakimlerin Hukuki Sorumluluğu*. Ankara: Seçkin Yayınevi, 3. Baskı, 2020.
- Günay, Erhan. *Uygulamada Hakim – Savcı Avukatlar İle Diğer Adli Personelin İşledikleri Suçlar ve Soruşturmalar*. Ankara: Seçkin Yayınevi, 1997.
- Kılıçoğlu, Ahmet M. “Hakimlerin Hukuki Sorumluluğu”. *AÜHFD* 30/1-4 (1973), 231-269.
- Özbek, Veli Özer vd. *Ceza Muhakemesi Hukuku*. Ankara: Seçkin Yayınevi, 14. Baskı, 2021.
- Özbudun, Ergun. *Türk Anayasa Hukuku*. Ankara: Yetkin Basımevi, 13. Baskı, 2012.
- Özen, Muharrem. *Hakimin Ceza Sorumluluğu*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2004.

- Öztürk, Bahri vd. *Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku*. Ankara: Seçkin Yayınevi, 15. Baskı, 2021.
- Pekcanitez, Hakan vd. *Medenî Usul Hukuku Ders Kitabı*. Ankara: Yetkin Basımevi, 2013.
- Şan, Abdullah Ayhan. *Özel Soruşturma Usulleri*. Ankara: Adalet Bakanlığı Yayın İşleri Daire Başkanlığı, 2008.
- Tercan, Erdal. *Hâkimlerin Sorumluluğu*. Ankara: Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 1988.
- Toroslu, Nevzat ve Metin Feyzioğlu. *Ceza Muhakemesi Hukuku*. Ankara: Savaş Yayınevi, 19. Baskı, 2019.
- Yenisey, Feridun ve Nuhoglu, Ayşe. *Ceza Muhakemesi Hukuku*. Ankara: Seçkin Yayınevi, 9. Baskı, 2021.
- Yokuş Seviük, Handan. "Görevi Kötüye Kullanma Suçu (TCK m. 257)". *DÜHFD* 23/39 (2018), 257-316

#### **İnternet Kaynakları**

<https://www.hsk.gov.tr/Eklentiler/Dosyalar/a13933a3-d473-4a8e-8b06-126972ee0d7c.pdf> (E.T:10.12.2022).

İntihal | Plagiarism: Bu makale, en az iki hakem tarafından incelendi ve intihal içermediği teyit edildi.

| This article has been reviewed by at least two referees and scanned via a plagiarism software.

## İSLAM VE MODERN HUKUK EKSENİNDE SAVAŞ ESİRLERİ

### PRISONERS OF WAR IN ISLAM AND MODERN LAW

Dr. Öğr. Üyesi İsmail Yılmaz\*

#### ÖZ

İslam dini barış dinidir. Devletler hukukunda barışın teminatı olarak görülen adalet, mütakabiliyet, ahde vefa, cins, dil, ırk ayrımı yapılmaksızın zayıfa yardım, insan haklarını koruma gibi temel prensipler İslam'ın da benimsediği temel ilkeler arasında yer alır. Savaş ise problemlerin çözümünde en son başvurulacak çaredir. İslam'da savaş, yayılmacılık politikasıyla çıkar sağlama ve sömürme amacıyla değil, dine ve Müslümanlara karşı düşmanca tavırları bertaraf etme, barış ve sulh ortamını tesis etme, bu ortamı bozanlarla mücadele etme, temel hak ve hürriyetleri güvence altına alma gibi amaçlar için meşru kılınmıştır. Hz. Peygamber ve Hulefa-i Raşidin dönemlerinde cereyan eden gazve ve seriyelerin büyük çoğunluğu savunma amaçlıdır. Ganimet ve toprak elde etmek gibi sadece dünyevi amaçlarla yapılmamıştır. Savaş sırasında, yaşlı, çocuk, kadın, din adamı ve silahsız insanların can güveliği teminat altına alınırken, ibadethanelerin tahrip edilmemesi, malların yağmalanmaması, hatta meyveli ağaçların bile kesilmemesi, gibi kurallarla din, mal ve çevre dokunulmazlığı güvence altına alınmış ve bu kurallar İslam'da savaş hukukunun temelini oluşturmuştur. Elbette savaşların kaçınılmaz olduğu durumlarda bazı sonuçları söz konusu olmaktadır. Bu hususa ilişkin olarak Hz. Peygamberin savaş sonrası, esirlerin hukuki statüsünü gösteren söz ve uygulamaları bulunmaktadır. Bu bağlamda köle ve savaş esirlerinin hakları kesin çizgilerle belirlenmiş, yönetici ve askerlerin keyfi muamelelerine bırakılmamıştır. Uluslararası savaş hukukunun teşekkülü ise İslam hukukuna göre geç sayılabilecek 19. yüzyıla uzanmaktadır. Savaş sırasında yapılması yasak olan uygulamalar, sivillerin durumu ve savaş esirlerine uygulanacak yaptırımlar detaylı bir şekilde 1949 yılında imzalanan üçüncü Cenevre sözleşmesiyle birlikte gündeme gelmiştir. Bu makalede İslam hukuku ve mer'î hukuka göre savaşta esir alınabilecek kimseler, esirlerin hangi durumda öldürülebileceği veya köleleştirilebileceği, hangi durumda mübadele edileceği veya serbest bırakılabilecekleri gibi hususlar üzerinde durulacak, esirlerin durumu İslam hukuku ve günümüz savaş hukuku arasında karşılaştırma yapılacaktır.

**Anahtar Kelimeler:** İslam Hukuku, Savaş, Esir, Fidyeye, Köle.

\* Gaziantep Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Temel İslami Bilimler Ana Bilim Dalı.

0000-000 2-1447-0842 ismailyilmazmisri@gmail.com



Bu eser Creative Commons Alıntı-Gayri Ticari-Türetilmez 4.0 Uluslararası Lisansı ile lisanslanmıştır. This work is licensed under a Creative Commons Attribution-NonCommercial-NoDerivatives 4.0 International License.

## ABSTRACT

Islam is a religion of peace. Basic principles such as justice, reciprocity, fidelity to covenant, helping the weak without discrimination of sex, language or race, and protecting human rights, which are seen as the guarantee of peace in the law of states, are among the basic principles adopted by Islam. War is the last resort in solving problems. In Islam, war is legitimized not for the purpose of gaining profit and exploitation through a policy of expansionism, but for purposes such as eliminating hostile attitudes towards religion and Muslims, establishing an environment of peace and tranquility, fighting those who disrupt this environment, and securing fundamental rights and freedoms. The vast majority of the ghazwa and seriyyahs that took place during the Prophet's and the Khulafa-i Rashidin periods were for defense purposes. They were not conducted for purely worldly purposes such as acquiring booty and land. While the safety of the lives of the elderly, children, women, clergymen and unarmed people was guaranteed during the war, the inviolability of religion, property and the environment was secured with rules such as not destroying places of worship, not looting property, and not even cutting down fruit-bearing trees, and these rules formed the basis of the law of war in Islam. Of course, when wars are inevitable, there are some consequences. Regarding this issue, the Prophet's words and practices after the war show the legal status of prisoners of war. In this context, the rights of slaves and prisoners of war were strictly defined and not left to the arbitrary treatment of rulers and soldiers. The formation of the international law of war dates back to the 19th century, which can be considered late compared to Islamic law. The practices prohibited during war, the status of civilians and the sanctions to be imposed on prisoners of war came to the agenda in detail with the third Geneva convention signed in 1949. In this article, the issues such as who can be taken prisoner in war according to Islamic law and current law, in which cases prisoners can be killed or enslaved, in which cases they can be exchanged or released will be emphasized, and the situation of prisoners will be compared between Islamic law and contemporary war law.

**Keywords:** Islamic Law, War, Captive, Ransom, Slave.

## GİRİŞ

Toplumsal ilişkiler insanlık tarihi boyunca tekdüze bir gelişim göstermemiştir. Bu ilişkiler zaman zaman barış içerisinde devam ederken zaman zaman insanlar arasında ihtilaflar hatta çatışmalar meydana gelmiştir. Ancak din aracılığıyla toplumda var olan bu tür sıkıntıların önüne geçilmek istenmiş veya en aza indirgemek hedeflenmiştir. Bütün semavi dinler gibi İslam dini de barış dinidir. İslam'da Müslim-gayrimüslim bütün fertlerin can, mal, namus ve inançları dokunulmazlık zırhıyla muhafaza altına alınmıştır. Barış asıl, savaş istisnai bir durumdur. Savaş, başka devlet veya kabilelerle yapılan anlaşmalara muhalefet edenlere karşı ve müslümanların yaşadıkları topraklarını başkalarının saldırılarından korumak gibi sebeplerle meşru kılınmıştır.<sup>1</sup> İslam'da hangi durumlarda savaşa başvurulacağı, savaş öncesinde, esnasında ve sonrasında uygulanacak kuralların neler olduğu hem ayetlerde hem de Hz. Peygamber'in hadislerinde ve fiili sünnetinde detaylı bir şekilde görülmektedir. Hangi koşullarda savaşa başvurulması gerektiği hususunda İslam hukukçuları arasında fikir ayrılığının temelinde ayet ve hadislerin farklı yorumlanması yatmaktadır.<sup>2</sup> Fakihlerin büyük çoğunluğuna göre savaş İslam ülkesini ve Müslümanların güvenliğini tehdit eden, insanlığa rahmet olarak gönderilen son dinin insanlara ulaşmasını engelleyen güçlerle mücadele etmenin nihai çaresi olarak başvuru bir çözüm yoludur. Bu bağlamda hukukçular söz konusu ayet ve hadisleri dönemin siyasi ve sosyal şartları içerisinde açıklamaktadırlar.<sup>3</sup>

Savaşın mahiyeti, sınırları ve çalışmanın da ana konusunu teşkil savaş esirlerinin durumu ana hatlarıyla Kur'an'da ve Hz. Peygamber'in sünnetinde yer almıştır. Kur'an ve sünnet ışığında âlimlerin içtihadı ve yöneticilerin de uygulamalarıyla İslam'ın daha ilk dönemlerinde uluslararası ilişkiler ve savaş hukuku teşekkül etmiştir. Babası bir asker olan Muhammed b. Hasan eş-Şeybânî'nin (805)<sup>4</sup> *Siyerü'l-kebir* isimli eseri bu konuda yazılmıştır. Eser, o günün hâkim anlayışını göstermesi bakımından önemlidir. Modern hukuktaki uluslararası genel hukuka tekabül eden eserde hangi durumlarda savaşa başvurulacağına, savaştan önce ve sonra takınılacak tavırlara detaylıca yer verilmiştir.<sup>5</sup>

İslam'da savaş sırasında sivillerin canına kıyılmaması, ibadethanelerin, çevrenin dokunulmazlığının kurallarla güvence altına alınması, din, can, mal ve çevreye verilen önemi

<sup>1</sup> İbrahim Sarıçam, *Hız Muhammed ve Evrensel Mesajı* (Ankara: DİB Yayınları, 2014), 150-151.

<sup>2</sup> Bakara, 2/191; Tevbe, 9/29,207; Tevbe, 9/36, 208; Enfâl, 8/65, 200; Muhammed, 47/35.

<sup>3</sup> Ahmet Yaman, *İslam Kamu Hukuku* (Ankara, Bilay Yayınları, 2020), 171

<sup>4</sup> Vâsıt'ta 132 yılında dünyaya geldi. Ailesi Abbâsî hilâfetine kurulması üzerine Vâsıt'ı terkedip Kûfe'ye yerleşmiş ve Şeybanî burada yetişmiştir. On dört yaşından itibaren dört yıl Ebû Hanîfe'nin ilim meclisinde bulunan Şeybanî, hocasının vefatından sonra onun fikhî görüşlerini ve yöntemini başta Ebû Yusuf olmak üzere talebelerinden öğrenmeye devam etti. Kaynaklarda Şeybânî'nin yaşadığı dönemde Abbâsî halifelerinden sadece Hârûnürreşid ile ilişkisinden söz edilmekte ve bunun da Ebû Yusuf'un aracılığıyla başladığı belirtilmektedir. Hârûnürreşid, Şeybânî'yi yine Ebû Yusuf'un tavsiyesiyle Abbâsî halifelerinin yazlık başşehri Rakka kadılığına tayin etti. Şeybânî, Ebû Yusuf vefatıyla şeyhülislamlık makamına getirildi. Şeybânî hayatının sonuna kadar bu görevde kaldı. 189 yılında Hârûnürreşid'in refakatinde gittiği Rey'de vefat etti ve oraya defnedildi. (Aydın Taş, "Şeybânî", Diyanet İşleri Başkanlığı İslam Ansiklopedisi (İstanbul, TDV Yayınları, 2010), 39/38)

<sup>5</sup> Muhammed b. Ebî Sehl es-Serahsî, *Şerhu Siyerü'l Kebir*, thk. Muhammed Ebu Zehra -Mustafa Zeyd (Kahire, Kahire Üniversitesi Matbaası, 1958), 63-68; Taş, "Şeybânî", 39/40-42.



göstermesi açısından ve İslam savaş hukukunun temelini oluşturması bakımından öneme sahiptir.<sup>6</sup> Bu çalışmada İslam ve Uluslararası hukukta savaşın nedenleri ve esirlerin durumu incelenecek bu hususların günümüze yansımaları mukayese edilecektir.

## I. İSLAM HUKUKU VE MODERN HUKUKTA SAVAŞ

İnsanlık tarihi kadar eski bir geçmişe sahip olan savaş<sup>7</sup> kavramı Kur'an'da harp terimi ile ifade edilmiştir.<sup>8</sup> Harp sözlükte, barışın tersi,<sup>9</sup> düşmanla cenk etmek<sup>10</sup> anlamlarına gelmektedir. Literatürde ise iki topluluk arasında meydana gelen silahlı çatışma anlamında kullanılmaktadır.<sup>11</sup> Kâsânî (1191) savaşı "*kişinin dil, mal ve canla beraber bunların dışındaki vasıtalarla savaşılarak güç ve kuvveti Allah yolunda harcaması*" şeklinde tarif etmektedir.<sup>12</sup> Modern hukukta savaşın tanımı "*tarafaların çıkarlarını önceleyip taleplerini kerhen kabul ettirmek gayesiyle, uluslararası hukukta belirtilen kurallar çerçevesinde iki veya daha fazla devlet arasında yapılan silahlı çatışma*" şeklinde yapılmaktadır.<sup>13</sup> İslam hukukunda savaş hedef ve gaye bakımından modern hukuktaki anlamından farklı olduğu için savaşı da kapsayan cihâd kavramı kullanılmıştır. Cihâd sözlükte "bütün gayret ve gücü sarf etmek" anlamına gelmektedir.<sup>14</sup> Fakihler ise cihâdı "*İslam ülkesi veya Müslümanların güvenliğini tehdit eden, dinin insanlara ulaşmasını engelleyen güçlerle mücadele etme ve bu uğurda elden gelen gayretin gösterilmesi*" olarak tarif etmişlerdir.<sup>15</sup> Savaş ve cihâd kavramları uluslararası genel hukuk alanına girmesi ve belli başlı kurullarla sınırlandırılması, kamu yararının gözetilerek karar verilmesi bakımından ortaktır. Savaşta sadece dünyevi maddi sebeplerle, zor kullanarak karşı tarafa istediğini yaptırma hedeflenirken cihâdda ise öncelikle düşmandan gelen saldırıyı püskürtme, Müslümanların güvenliğini sağlama, var olan zulmü ortadan kaldırma hedeflenmektedir.<sup>16</sup>

### A. SAVAŞIN NEDENLERİ

İslam ve uluslararası devletler hukukunda hâkim yaklaşım devletlerarası ilişkilerde barışın asıl, savaşın istisnai bir durum olmasıdır. Hanefilere göre savaşın nedenleri düşman üstünlüğünü kırmak, tecavüzleri engellemek, müslümanların din ve dünya işlerini emniyet içerisinde

<sup>6</sup> Serahsî, *Şerhu Siyerü'l Kebîr*, 175-190; Muhammed Hamidullah, *Hiz. Peygamberin Savaşları ve Meydan Savaşları, İslam Harp Tarihine dair Bir Tetkik*, Trc. Salih Tuğ (İstanbul, Yağmur Yayınları, 3. Baskı, 1981), 83.

<sup>7</sup> Abdurrahman b. Muhammed b. Haldun Hadrâmî, *Kitâbü'l-İber ve divânü'l-mübtede' ve'l-ḥaber fi eyyâmü'l-'Arab ve'l-'Acem ve'l-Berber ve men âşerahüm min zevi's-sultânü'l-ekber* (Mukaddime) trc. Halil Kendir (İstanbul, Marmara Belediyeler Birliği Kültür Yayınları, ts.), 1/409

<sup>8</sup> Mâide, 5/64; Enfâl, 8/57; Muhammed, 47/4.

<sup>9</sup> Ebü'l-Fazl Cemâlüddîn Muhammed b. Mükerrrem b. Ali b. Ahmed İbn Manzûr, *Lisânü'l-'Arab* (Beirut, Daru's Sadr, ts.), 1/302.

<sup>10</sup> Mehmet Erdoğan, *Fıkıh ve Hukuk Terimleri Sözlüğü* (İstanbul, Ensar Yayınları, 2013), 180.

<sup>11</sup> Ahmet Yaman, "Savaş" Diyanet İşleri Başkanlığı İslam Ansiklopedisi (İstanbul, TDV Yayınları, 2009), 36/189.

<sup>12</sup> Alâüddîn Ebü Bekr b. Mes'ûd b. Ahmed el-Kâsânî, *Bedâ'ü'l-'u's-sanâ'i' fi tertibi's-şerâ'i'*, thk, Ali Muhammed Muavvad-Adil Ahmed Abdulmevcud (Beirut, Daru'l Kutubi'l İlmiyye, 1997), 9/376

<sup>13</sup> Yaman, "Savaş", 36/189

<sup>14</sup> İbn Manzûr, *Lisânü'l-'Arab*, 3/134; Ebü'l-Kâsım Hüseyin b. Muhammed b. el-Mufaddal er-Râgib el-İsfahânî, *Müfredât elfâzi'l Kur'an*, thk. Necip el-Mâcidî (Beirut, Mektebetü'l Asriyye, 2009), 115.

<sup>15</sup> Yaman, *İslam Kamu Hukuku*, 171.

<sup>16</sup> Vehbe Mustafa Zuhaylî, *Eserü'l Harbi fi Fıkhi'l İslamî* (Dimeşk, Daru'l Fikr, 1962), 28.

yürütmelerini sağlamaktır.<sup>17</sup> Kur'an'da savaşa izin veren ilk ayet incelendiğinde savaş sebebi olarak düşman saldırısı ve müslümanların yurtlarından çıkarılmak istenmesi zikredilmektedir.<sup>18</sup> Ayrıca diğer ayetlerde “*hiçbir zulüm ve baskı kalmayınca ve din yalnız Allah'ın oluncaya kadar savaşa devam edilmesi*”<sup>19</sup> ve “*düşmanın saldırılarına karşılık verilmesi gerektiği*”<sup>20</sup> ifade edilmiştir. İslam'ın ilk sistemli savaşı olarak kabul edilen Bedir savaşı öncesi Hz. Peygamber, Hz. Ömer'i müşriklere göndererek barış teklifinde bulunmuştur. Barış teklifinin kabul edilmemesi nedeniyle savaş kaçınılmaz olmuştur.<sup>21</sup> Aynı durum savaştan önce barış yollarını aramak için devletlerarası elçi gönderme veya arabulucular vasıtasıyla devam etmektedir. Esasen bütün hukuk sistemlerinde, bir devletin başka bir devlete karşı silahlı güç kullanmasında haklı bir sebebe dayanması gerekmektedir. Uluslararası devletler hukukunda da savaşın mutlaka bir sebebe dayanması gerekir. Sebepsiz savaş açmak işgal olarak nitelendirilmektedir.<sup>22</sup>

## B. SAVAŞ YASAKLARI VE SİVİLLER

İslam hukukunda keyfi zulüm ve işkence yaparak öldürme, fiilen savaşa katılmayanların öldürülmesi, insan ve hayvanların vücut ve organ bütünlüğüne zarar verme, ağaçların yakılması, temel gıda maddeleri ve ürünlerin yakılması ve yağmalanması, taşkınlık ve çirkeflik, tecavüz ve gayrimeşru münasebette bulunma, sebepsiz yere rehin ve esirleri öldürme, ölen düşman askerlerinin bedenlerine zarar verme gibi eylemler yasaklanmıştır.<sup>23</sup> Bu kuralların tamamı İslam hukukunda Makâsîdü's-Şerîa'nın zarûriyât kapsamında sayılarak koruma altına alınmıştır. İslam'da herkesin yaşama hakkı vardır. Savaşa katılmayan sivil statüsündeki kadın, çocuk, yaşlı, engelli, kör, din görevlisi, keşiş, münzevi, yaşlı veya efendileri ile birlikte savaşa katılmak zorunda kalan köle ve hizmetçilerin öldürülmesi caiz değildir.<sup>24</sup> Ancak savaşanlara geri hizmette destek vermeleri durumunda sivillik vasfını yitirdiklerinden öldürülmelerinde bir beis yoktur.<sup>25</sup> Hz. Peygamber savaşa katılmayan sivillere zarar verilmemesi konusunda ashabını uyarmıştır. Savaş sırasında kadın, çocuk, bunak, yaşlı, din adamları, kendi işleriyle meşgul olan hizmetçilere zarar verilmesi veya öldürülmesini yasaklamıştır.<sup>26</sup> Savaşta doğaya zarar verilmesi de uygun görülmemiştir. İbn Ömer'in “*Rasulullah Benî Nadîr Yahudilerinin hurma ağaçlarını kestirdi ve yaktırdı*”<sup>27</sup> rivayeti düşmanın siper olarak kullandığı, savaşta yararlandığı ağaçlar olup

<sup>17</sup> Ahmet Özel, “*Klasik İslam Devletler Hukukunda Ülke Kavramı ve Günümüzdeki Durum: İbn Teymiye'nin Mardin Fetvası ile Diğer Benzeri Fetvalar*”, Marmara Üniversite İlahiyat Fakültesi Dergisi 43, No 2 (2012), 43-46.

<sup>18</sup> Hâc, 22/39-40

<sup>19</sup> Bakara, 2/193

<sup>20</sup> Bakara, 2/194

<sup>21</sup> Hamidullah, *Hz. Peygamber'in savaşları*, 47.

<sup>22</sup> M.Yasin Aslan, *Savaş Hukukunun Temel Prensipleri*, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 79 (Kasım-Aralık,2008), 249.

<sup>23</sup> Serahsî, *Şerhu Siyeri'l Kebir*, 76-80; Hamidullah, *İslam'da Devlet İdaresi*, 257.

<sup>24</sup> Kâsânî, *Bedâ'i'u's-Şanâ'i'*, 9/399; Abdullah b. Mahmud b. Mevdûd el-Mevsilî, *el-İhtiyâr li-Ta'lîl'l-Muhtâr*, thk. Muhammed Adnan Derviş (Beirut, Daru'l Erkâm, 1997), 4/363; Ebû Yusuf Ya'kub b. İbrahim b. Sa'd, *Kitabü'l Harâc*, thk. Muhammed İbrahim el-Bennâ (Kahire, Daru's-Selâm, 2017), 311-313

<sup>25</sup> Serahsî, *Şerhu's-Siyerî'l-Kebir*, 1/60-77; Kâsânî, *Bedâ'i'u's-Şanâ'i'*, 9/399; el-Mevsilî, *el-İhtiyâr*,4/363; Hamidullah, *İslam'da Devlet İdaresi*, 257

<sup>26</sup> Abdullatif Hemim, *Alakatü'd-Devliyye fi's-Şerîa ve'l Kanun fi's-Silm ve'l Harb Dirase Mukarene* (Amman, Dar Ammar, 2006), 2/123

<sup>27</sup> Ebû Abdillâh Muhammed b. İsmâil el-Buhârî, *el-Câmiu's-Sahîh*, nşr. Muhammed Zühayr b. Nâsir en-Nâsir, (Kahire, Dâru Tavkı'n-Necât, 2001) Megâzî, 4031.

savaş taktiği olarak emredilmiştir. Ayrıca Benî Nâdir Yahudileri başta olmak üzere Yahudilerin en önemli gelir kaynağı olan hurma ağaçlarının kesilmesi Müslümanlara karşı müşriklerle bir olup ihanet eden Yahudilere karşı bir yaptırım ve teslim olmalarını sağlamak için iktisadi açıdan zor durma düşürmek için verilmiş bir emirdir.<sup>28</sup>

## II. ESİRLER

Esirler hakkında; öncelikle esir kavramı, kimlerin esir olabileceği ve esirlere nasıl muamele edilmesi gerektiği ele alınacaktır. Akabinde İslam hukukuna göre esirlere uygulanması gereken hususlar üzerinde durulacaktır.

Esir أسير Arapçada “bağlamak, tutmak, hapsedmek”<sup>29</sup> anlamlarına gelen “e.s.r.” kök fiilinden türemiştir, Esir, “ip ile sıkıca bağlanan”<sup>30</sup> anlamına gelmekte olup bağlanmamış dahi olsa savaşta ele geçirilen “tutsak” için kullanılan bir sıfattır. Bu terim hapis ve zindanlardaki tutuklular için de kullanılmıştır.<sup>31</sup> Terim olarak “*esir savaşta canlı olarak ele geçirilen erkek savaşçılar*” şeklinde tarif edilmektedir.<sup>32</sup> Diğer bir tarifte ise “iki topluluk arasında savaşa yol açabilecek bir düşmanlık sebebiyle taraflardan birinin eline geçen kişi” şeklinde tarif edilmiştir.<sup>33</sup> Esir kelimesinin savaşta ele geçen ve asıl muharip unsur olan yetişkinler için kullanılmasına karşılık, “*seby*” kavramı ise yalnızca kadın ve çocuk tutsakları için kullanılmaktadır. Esir kelimesi bazen erkekleri ve kadınları kapsayacak şekilde kullanıldığı hâlde seby erkekler için kullanılmaz.<sup>34</sup>

### A. İSLAM ÖNCESİ TOPLUM VE DİNLERDE ESİRLER

Güçlünün zayıfı ezdiği, zayıfın mal ve canının değersiz olduğu toplumlarda devletler, toplumlar ve kabileler arası savaş kaçınılmaz bir olgudur. Hiçbir ilke ve prensibin olmadığı bu savaşlarda esir alınan kimselere sert davranılması, beden bütünlüğüne zarar verilmesi doğal karşılanmaktaydı. İslam öncesi dönemlerde savaş esirlerine yapılan işkenceler arasında yaygın olan esirlerin el ve ayaklarının kesilmesi, gözlerinin oyulması veya mil çekilmesi, toplu hâlde yakılması, düşmanlara satılması, köle yapılması örnekleri zikredebilir.<sup>35</sup> Kölelik ilk başlarda savaş esirliğiyle beraber ortaya çıkmış ve zamanla toplumların ekonomik ve sosyal anlamda vazgeçilmez bir kurumu olmuştur.<sup>36</sup> İlk olarak MÖ 4000 yılında Sümer kentlerinde soyluların himayesinde kölelerin olduğu, Antik yazıtlarda Sümer haricinde Akad, Eski Mısır ve Hellen gibi

<sup>28</sup> Hamidullah, *İslam'da Devlet İdaresi*, 257

<sup>29</sup> İbn Manzûr, *Lisanu'l-Arab*, 2/77; Halil b. Ahmed el-Ferâhidî, *Kitabü'l-Ayn Müretteben ala Hurufi'l Mu'cem "e-s-r"* thk. Abdulhamid Hindâvî (Beirut, Daru'l-Kutubi'l-İlmiyye, 2002), 1/68.

<sup>30</sup> Abdullatif Âmir, *Ahkâmu'l-Esra ve's-Sebâyâ fi'l-Hurubi'l-İslamiyye* (Kahire, Daru'l-Kutubi'l-Misrî, 1986), 78.

<sup>31</sup> Mehmet Birsin, “*İslam Devletler Hukukunda Savaş Esirlerine Uygulanan Yaptırımların Analizi*”, Hitit Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi 11/21 (Ocak 2012), 165.

<sup>32</sup> Mâverdi, *Ahkâmu's-Sultâniyye* 166; Ferrâ, *Ahkâmu's-Sultâniyye*, 141; Zuhaylî, *Âsâru'l-Harb*, 417.

<sup>33</sup> Âmir, *Ahkâmu'l-Esra*, 88

<sup>34</sup> Muhammed Revvâs Kal'acı, *Fıkıh Lugatı* (İstanbul, Ocak Yayıncılık, 2012), 167; Erdoğan, *Fıkıh ve Hukuk Terimleri Sözlüğü*, 498.

<sup>35</sup> Ebû Muhammed Cemâlüddin Abdülmelik b. Hişâm, *es-Süretü'n-Nebeviyye* (Kahire, Daru'l Fecr, 2010), 1/214-222.

<sup>36</sup> Özer, “19. Yüzyılda Mısır'da Kölelik ve Köle Ticareti”, 65; Gülnihal Bozkurt, “Eski Hukuk Sistemlerinde Kölelik”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 38/1 (1981), 102-103.

toplumlarda da köleliğin olduğu görülmektedir.<sup>37</sup> Köleliğin insanlık tarihi kadar eski olduğu söylenebilir. Genel olarak savaş esirleri, borca karşılık,<sup>38</sup> köle ana babadan dünyaya gelmek, işlediği bir suç nedeniyle köleleştirilme gibi sebeplerin bütün medeniyetlerde var olduğu söylenebilir.<sup>39</sup> Kölelik sebeplerinden en önemlisi ve yaygın olanı tarih boyunca savaş esirleri olmuştur.<sup>40</sup> Köleliğin Hunlardan başlayarak Türklerin hayatına girdiğini kaynaklarda görmekteyiz. Köleler hafif veya ağır işlerde kullanılıyorlardı.<sup>41</sup>

Eski Yunan toplumunda kölelik ve esirlik çok yaygındı. Halkın büyük çoğunluğu esirlerden oluşmaktaydı. Esirler maden ocakları gibi ağır işlerin yanında ev işleri, tarla işlerinde çalıştırılmaktaydı.<sup>42</sup>

Roma hukukunda insanlar hür ve köle olmak üzere iki sınıftır.<sup>43</sup> Köleler sahiplerinin hakimiyeti altında yaşarlardı. Güçlü olanlar zayıf olanları ele geçirir, kendi egemenliklerine alırlardı.<sup>44</sup> Esirlik ve kölelik bu olgunun sonucunda ortaya çıkmıştır. Farslılarda esir ve kölelerle ilgili diğer milletlerdeki gibi uygulamalar vardır. Hayat hakkı tanınmaması, hayvanların ayakları altında ezme gibi uygulamalar Farslıların bilinen âdetlerindedir.<sup>45</sup>

İslam öncesi Arap toplumunda savaş esirlerine uygulanan özel bir muamele tarzı yoktu. Ancak diyetleri daha yüksek olduğundan nitelikli ve nesep yönünden daha iyi olan kimselerden esir alınmasına dikkat ediliyordu. Duruma göre vücut bütünlüğü çiğnenir, öldürülür, fidye karşılığında veya karşılıksız serbest bırakılırdı.<sup>46</sup> Arap toplumunda kölelik yaygındı. Köleliğin temel kaynağı savaşlardı. Kişinin borcuna karşılık kendini köle olarak satması veya babanın çocuğunu geçim sıkıntısından dolayı satması gibi gelenekler de mevcuttu. Köle bir anneden doğanlar da köle sayılmaktaydı. Köleler, toplumun alt sınıfını temsil ederken, efendilerin köleleri üzerinde mutlak hâkimiyetleri bulunmaktaydı. Bazı kişiler, cariyelerini fuhşa zorlayarak onlardan gelir elde etmekteydiler.<sup>47</sup>

Yahudilerde, Yahudi ve yabancı olmak üzere iki çeşit esir bulunmaktaydı, Yahudi esirler borç ve fakirlikten dolayı kendilerini satan ve altı yıl gibi belli bir zaman sonra serbest kalan

<sup>37</sup> Ekin Ulaş Çelik vd. "Eski Batı'da (Hellas) Kölelik", *Anasay Dergisi*, 4/12 (2020), 4.

<sup>38</sup> Çelik ve Üreten, "Eski Batı'da (Hellas) Kölelik", 5.

<sup>39</sup> Defne Yılmazcan, "Antik Yunan'da Kölelik: Atina ve Sparta Örneği", *Karatekin Edebiyat Fakültesi Dergisi* 5/2 (2017), 118.

<sup>40</sup> Zübeyde Güneş Yağcı, "İstanbul Esir Pazarı" - Osmanlı Devleti'nde Kölelik: Ticaret, Esaret, Yaşam- Ed. Zübeyde Güneş Yağcı, Fırat Yaşa (İstanbul, Tezkere Yayıncılık, 2017), 59.

<sup>41</sup> Orhan Doğan ve Aysel Erdoğan, "19. Yüzyılda Türkistan (Orta Asya) Türk Topluluklarında Kölelik ve Köle Ticareti", *Gaziantep Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi* 15/3 (2016), 972.

<sup>42</sup> Nihat Engin, *Osmanlı Devleti'nde Kölelik* (İstanbul, İFAV Yayınları, 1998), 14; Hasan Tahsin Fendoğlu, *İslam ve Osmanlı Hukukunda Kölelik ve Cariyelik* (İstanbul, Beyan Yayınları, 1996), 30; Ahmet Akgündüz, *İslam Hukukunda Kölelik-Cariyelik Müessesesi ve Osmanlıda Harem*, (İstanbul, Osmanlı Vakfı Yayınları, 1995), 75.

<sup>43</sup> Ernest Lavis, Alfred Rambo, *Tarih-i Umumi*, trc. Ali Reşad (İstanbul, Yy. ts.), 1/14

<sup>44</sup> Sevda Özer, "19. Yüzyılda Mısır'da Kölelik ve Köle Ticareti", *Fırat Üniversitesi Orta Doğu Araştırmaları Dergisi* 5/1 (2007), 65.; Fendoğlu, *İslam ve Osmanlı Hukukunda Kölelik ve Cariyelik*, 25.

<sup>45</sup> Abdullatif Âmir, *Ahkâmü'l-Esra ve's-Sebaye fi'l-Hurubi'l-İslamiyye* (Kahire, Daru'l Kutubi'l Masriyye, 1986), 91.

<sup>46</sup> Ebü'l-Hasen İzzüddîn Alî b. Muhammed b. Muhammed eş-Şeybânî el-Cezerî, *el-Kâmil fi't-târîh*, thk. Ebu'l Fidâ Abdullah (Beyrut, Daru'l Kutubi'l-İlmiyye, 1987), 4/148; Hamidullah, *Hız. Peygamber'in Savaşları*, 66.

<sup>47</sup> Aydın ve Hamidullah, "Köle-1" 26/238

esirlerdir. Yabancı esirler için diğer milletlerdeki muameleler geçerliydi.<sup>48</sup> Yahudilikte köleler genelde yabancı asıllıdır. İbranilerin birbirine istisnai durumlar hariç köle olmaları yasaklanmıştır.<sup>49</sup> Yahudiler borç ve savaş sebebiyle, Yahudi olmayanlar da bunlara ilaveten satın alma yoluyla köle olabilirdi. Yahudilikte esas olan köleliğin devamlılığıdır. Bir köle işini yaparken veya işkence görürken sakat kalırsa azat olabiliyordu. Yahudi köleler için ise farklı hükümler vardı ve onlar sürekli olarak köle kalmazlardı.<sup>50</sup> Hristiyanlıkta esirler ve köleler toplumda yaygın olan muamelelere tabiydi. Esirlere uygulanan kötü muamele, köleleştirilmeleriyle birlikte eskiye kıyasla biraz düzelmekteydi.<sup>51</sup> Bu durum gerek Katolik kilisesi gerekse diğer kiliselerin köleliği kabul ettiği ve hatta Hristiyanların kendi dindaşlarından köleler edinmelerinde bir sıkınca görmediği bilinmektedir. İncil’de de kölelerin azat edilmesine dair birçok hükmün yer aldığı görülmektedir.<sup>52</sup>

## B. İSLAM HUKUKUNDA ESİRLER

İslam hukuku bağlamında, esirlerin dinî ve etnik özelliklerine bağlı olarak farklı değerlendirmelere tabi tutulmasına rağmen, genellikle devlet başkanının kararıyla köleleştirilip humus’u<sup>53</sup> ayırdıktan sonra geriye kalan esirlerin savaşa katılan mücahitlere dağıtılması kabul görmüştür. Ayrıca, savaşçı olmayan kadın ve çocukların öldürülmeden köleleştirilip taksim edilmesi konusunda da genel bir fikir birliği bulunmaktadır.<sup>54</sup>

Enfal Suresi 67-68. ayetlerinde Bedir günü esirlerin öldürülmelerinin, fidyeyle veya fidyesiz serbest bırakılmasından daha uygun olduğu anlamı çıkmaktadır. Enfal 12. ve Muhammed 4. ayetleri bedir günü esirlerin öldürülmesiyle ilgilidir. Çünkü savaşın olduğu ortam müslümanların sayıca az, kuvvet bakımından zayıf olduğu bir ortamdır.<sup>55</sup> Daha sonra durum değiştiğinde müfessirler Muhammed Suresi 4. aye’te esirlerin karşılıksız veya fidye karşılığında serbest bırakılabileceği şeklinde tefsir etmişlerdir.<sup>56</sup> Bu konuda Hz. Peygamber’in uygulaması

<sup>48</sup> Engin, *Osmanlı Devleti’nde Kölelik*, 19.

<sup>49</sup> Ali Bakkal, Hz. Peygamber’in Kölelere Verdiği Değer ve İslam’ın Köleliğe Bakışı, *Hz. Peygamber ve İnsan Sevgisi Sempozyumu* ed. Musa Kazım Yılmaz (Şanlıurfa, by., 2007), 223.

<sup>50</sup> Çambay, *Emevi ve Abbasi İdaresinde Kölelik*, 29.

<sup>51</sup> Engin, *Osmanlı Devleti’nde Kölelik*, 19.

<sup>52</sup> Mehmet Akif Aydın ve Muhammed Hamidullah, ‘Köle-1’, Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi (Ankara: TDV Yayınları, 2002), 26/237; Canan Kuş, ‘Tevrat, İncil ve Kur’an-ı Kerim’deki Kölelik Kavramı Üzerine Bazı Düşünceler’, Fırat Üniversitesi Orta Doğu Araştırmaları Dergisi 8/1 (2012), 7-14.

<sup>53</sup> Humus; Sözlükte “beşte bir” anlamına gelen humus kelimesi, İslâm hukuku literatüründe ganimetlerden ve bu hükümde olan mallardan kamu adına, belirli alanlarda sarfedilmek üzere alınan beşte birlik (yüzde yirmilik) payı ifade eder. Kökleri İslâm öncesi Arap toplumuna kadar uzanan bu kavram, Hz. Peygamber ve sahâbe uygulaması ile önemli ölçüde belirgin hale gelmiş, bu dönemdeki tartışmalar ve uygulama örneği daha sonraki dönemde oluşan hukuk doktrinini etkilediği gibi uygulamalar için de model teşkil etmiştir. H. Yunus Apaydın, ‘Humus’ Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi (İstanbul, TDV Yayınları, 1995), 18/365

<sup>54</sup> Ebû Ca’fer Muhammed b. Cerîr b. Yezîd el-Âmülî et-Taberî, *Câmi’u’l-beyân ‘an te’vîli âyi’l-Kur’ân*, thk. Abdullah b. Abdulmuhsin Turkı (Kahire, Merkezü’l-Buhus ve Dirasetü’l-Arabiyye ve’l-İslamiyye, 2001), 21/187; Ebû Bekr Muhammed b. Abdillâh b. Muhammed İbnü’l-Arabî, *Ahkâmü’l-Kur’ân*, thk. Muhammed Abdulkadir Atâ (Beyrut, Daru’l-Kutubi’l-İlmiyye, 2003), 4/130; Birsin, ‘İslam Devletler Hukukunda Savaş Esirlerine Uygulanan Yaptırımların Analizi’, 181

<sup>55</sup> et-Taberî, *Câmi’u’l-beyân ‘an te’vîli âyi’l-Kur’ân*, 21/187; İbnü’l-Arabî, *Ahkâmü’l-Kur’ân*, 2/432; Cessâs, *Ahkâmü’l-Kur’ân*, 4/269

<sup>56</sup> Taberî, *Câmi’u’l-beyân*, 11/271; Ebû Abdillâh Muhammed b. Ahmed b. Ebî Bekr b. Ferh el-Kurtubî, *Câmi’ li Ahkâmü’l-Kur’ân*, thk. Abdullah Abdulmuhsin et-Turkı (Beyrut, Müessesü’r-Risâle, 2006), 10/75; Reşit Rızâ, Muhammed Abduh, *Tefsiru’l-Menâr* (Kahire, Daru’l-Menâr, 1947), 10/113

ayetlerin doğru anlaşılması için önem arz etmektedir. Hz. Peygamber hem savaşın doğasında bulunan acı ve intikam duygularını hafifletmek hem de İslam'ın rahmet dini olduğunu göstermek amacıyla ele geçirilen esirlere karşı şefkatli davranmış ve onlara insanca davranılmasını emretmiştir.<sup>57</sup> İslam düşmanlarının önde gelenlerinden dahi olsa onlara işkence edilmesine izin vermemiştir. Zaman zaman esirlerin durumunu görmek için ziyarette bulunmuştur.<sup>58</sup> Hz. Peygamber dönemindeki ilk esirler hicretten on yedi ay sonra Abdullah b. Cahş (625) komutasında gönderilen Batn-ı Nahle Seriyesi'nde ele geçirilen Osman b. Abdullah ve Hakem b. Keysan isimli esirlerdir.<sup>59</sup> Haram aylarda vuku bulan bu olayı Hz. Peygamber tasvip etmemiş ve iki esir bir müddet sonra kişi başı kırk ukiyye<sup>60</sup> fidye karşılığında serbest bırakılmıştır.<sup>61</sup> Müslümanlar tarafından çok sayıda esir elde edilen ilk savaş, Hicret'in ikinci yılında gerçekleşen Bedir Gazvesi'dir. Bedir Gazvesi sırasında müşriklerden yetmiş kişi öldürülmüş, aynı zamanda yetmiş kişi de esir alınmıştır.<sup>62</sup> Hz. Peygamber, ele geçirilen esirleri sahabeler arasında dağıtmış, onlara iyi muamelede bulunulmasını tavsiye etmiştir. Esirlerin akibeti konusunda sahabe arasında istişarede bulunmuş ve bu konuda sahabeden çeşitli fikirler almıştır. Hz. Ömer ve Sa'd bin Muaz gibi bazı sahabeler, esirlerin en yakın akrabaları tarafından öldürülmelerini önermişlerdir. Ancak, Hz. Ebu Bekir, esirlerin fidye karşılığında serbest bırakılmaları gerektiğini savunmuştur. Hz. Peygamber, Hz. Ebu Bekir'in görüşünü benimsemiş ve bu doğrultuda hareket etmiştir. Esirlerin serbest bırakılması için mali durumlarına göre 1000 ile 4000 dirhem arasında fidye ödemeleri gerektiğini belirlemiştir. Ayrıca, mali durumu iyi olmayan esirlerin, 10 kişiye okuma-yazma öğretilmeleri karşılığında da serbest bırakılmalarına karar vermiştir. Bu yaklaşım, esirlere insanca davranılmasını ve onların topluma yeniden entegrasyonunu teşvik etmek amacını taşımaktadır.<sup>63</sup> Bedir Gazvesi'nden sonra ele geçirilen ikinci büyük esir topluluğu hicretin ikinci yılında anlaşmayı bozan Beni Kaynuka Yahudileridir.<sup>64</sup> Kalelerinde on beş günlük kuşatmadan sonra Hz. Peygamber'in vereceği karara razı olmak üzere teslim olmuşlardır. Hz. Peygamber de Medine'yi terk etmelerini emretmiştir.<sup>65</sup> Hicretin beşinci yılında Beni Mustalık Gazvesi esir alınan başka bir gazvedir. Müslümanların galibiyetiyle sonuçlanan gazvede on müşrik öldürülmüş, savaş alanında bulunan kadın ve çocuklar esir alınmıştır.<sup>66</sup> Müslümanlar ganimet olarak bu savaştan 600 veya 700 esir, beş bin koyun ve iki bin deve ele geçirdi. Hz. Peygamber, Beni Mustalık'ın reisi Harise'nin kızı Cüveyriye ile evlenince sahâbiler

<sup>57</sup> Ali Hatalmış, *Erken Dönem İslam Tarihinde Kölelik ve Cariyelik-Hz. Peygamber Döneminden Emevilerin Sonuna Kadar* (Ankara: Ankara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Doktora Tezi, 2012), 91.

<sup>58</sup> Mehmet Birsün, "İslam Devletler Hukukunda Savaş Esirlerine Uygulanan Yaptırımların Analizi". Hitit Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi 11/21 (Ocak 2012), 167.

<sup>59</sup> Muhammed b. Cerir Taberî, *Tarihü'r-Rusul ve'l Mülük*, thk. Muhammed Ebu'l Fadl İbrahim (Mısır, Daru'l Maârif, ts.), 2/410

<sup>60</sup> 40 dirhemlik veya (40x2,975=)119 gr'lık ağırlık ve kıymet ölçüsü 119 gr gümüş dirhem 119/7=17 gr dinar 17x4.25=72,25 gr altın eder. Kallek, *Sosyal Servet İslâm'da Yönetim Piyasa İlişkisi*, 173

<sup>61</sup> İbn Hişâm, *es-Süretü'n-Nebevîyye*, 2/197

<sup>62</sup> Ebû Abdillâh Muhammed b. Sâd, *Kitabu't-Tabakât el-Kebir*, thk. Ali Muhammed Omer (Kahire, Mektebetü'l Hancî, 2001), 2/16

<sup>63</sup> İbn Sâd, *Tabakât*, 2/17; Ebû Ubeyd Kasım b. Sellâm, *Kitabü'l-Emvâl*, thk. Muhammed Amara (Kahire, Daru's-Selam, 2009),177.

<sup>64</sup> Ahmet Özel, "Esir" Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi (İstanbul, TDV Yayınları, 1995),11/382

<sup>65</sup> İbrahim Sarıçam, *Hz. Muhammed ve Evrensel Mesajı*, (Ankara: DİB Yayınları, 9. Baskı, 2014), 224.

<sup>66</sup> İbn Sâd, *Tabakât*, 2/60



Peygamber'in akrabası kabul ettikleri esirleri serbest bıraktılar.<sup>67</sup> Hendek Savaşı sırasında müslümanlarla yaptıkları anlaşmayı bozan Beni Kurayza Yahudilerinin kaleleri Hz. Peygamber ve ordusu tarafından 25 gün kuşatma altına alınmış, Hz. Peygamber'in vereceği hükme boyun eğip teslim olmaları istenmiş, onlar da Sad b. Muaz'ın (627) vereceği hükme razı olmak kaydıyla teslim oldular. Sa'd b. Muaz erkeklerin öldürülmesi, kadın, çocuk ve mallarının ganimet olarak paylaşılmasına hükmetti.<sup>68</sup> Mekke fethinden hemen sonra hicri sekizinci yılda gerçekleşen Huneyn Gazvesi'nde de altı bin esir, yirmi dört bin deve, kırk binden fazla koyun ve bir miktar gümüş ele geçirildi. Ganimetlerin taksiminden sonra Hevazin heyeti Peygamberimizin huzuruna gelip Müslüman olduklarını bildirerek affedilmelerini ve esirlerin serbest bırakılmasını istediler. Hz. Peygamber de kendisinin ve aile mensuplarının hissesine düşen esirleri serbest bıraktığını ilan etti. Ensar ve muhacir de aynı şekilde davranmıştır. Serbest bırakılmayanlar ise elde edilecek ilk ganimetten her esir için altı deve verilmesi taahhüdü karşılığında ikna edilerek tüm esirler serbest bırakılmıştır.<sup>69</sup>

Esirler fidye ile veya karşılıksız serbest bırakılıncaya kadar insani ihtiyaçları karşılanmak üzere bazen sahabe arasında dağıtılır, bazen de mescitte tutulurdu. Kadınların Remle bint Haris isimli sahabenin evinde tutulduğuna dair rivayetler bulunmaktadır.<sup>70</sup> O dönemde esirlerin sadece barınma ve işlerinin karşılanmadığı, aynı zaman yurduna dönmek için mali gücü olmayanların da serbest bırakıldığında yol ücretlerinin ödendiğine dair rivayetler mevcuttur.

Huneyn Gazvesi sırasında esir alınan altı bin kadın ve çocuğun, hurma dalları kullanarak kendilerine gölgelik inşa etmeleri sonucunda Hz. Peygamber, Büsr b. Süfyan'ı, bu esirlere giyecek temin üzere Mekke'ye göndermiş ve böylece esirler giydirilmiştir.<sup>71</sup> Hz. Peygamber'in esirleri giydirip maddi durumu olmayanların memleketlerine ulaşması için yol masraflarını karşıladığına dair örneklerden biri de Adî b. Hâtim'in kız kardeşi Seffâne'dir. Remle bint Haris'in evinde tutsak olan Seffâne, Hz. Peygamber'e babasının öldüğünü, kardeşinin kaçtığını söyledikten sonra kendisinin serbest bırakılmasını talep eder. Kendisini Şam'a götüreceğini bulduğunda Hz. Peygamber, onun giyecek elbise, binek ve yol ihtiyaçlarını karşılayarak serbest bıraktı.<sup>72</sup>

İslam hukukunda savaş esirlerine uygulanacak hükümler zaman ve mekâna, Müslümanların güç bakımından kuvvetli ve zayıf olmalarına, savaşılan devletin Müslüman esirlere karşı tutumuna göre farklılık gösterebilir. İslam hukukuna göre esirin beslenme ihtiyacı esir alan devlet tarafından karşılanır. Kur'an'da iyi kulların özellikleri sayılırken "Onlar kendi canları çektiği halde yemeği yoksula, yetime ve esire yedirirler."<sup>73</sup> buyurulmaktadır. Hz. Peygamber de "ben açım, bana yemek verin" diye seslenen esire, "bu senin ihtiyacıdır," şeklinde karşılık

<sup>67</sup> Ebû Ubeyd, *Kitabü'l Emvâl*, 181; Sariçam, *Hiz. Muhammed ve Evrensel Mesajı*, 194; Ahmet Önkâl, *Mustalik - Beni Mustalik*- Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi (Ankara, TDV Yayınları, 2020), 31/360.

<sup>68</sup> Ebû Ubeyd, *Kitabü'l Emvâl*, 192.

<sup>69</sup> Hamidullah, *Hiz. Peygamber'in Savaşları*, 172; Sariçam, *Hiz. Muhammed ve Evrensel Mesajı*, 218; Özel, "Esir", 11/384.

<sup>70</sup> İbn Hişâm, *Siretü'n-Nebeviyye*, 4/153.

<sup>71</sup> Ebû Abdillâh Muhammed b. Ömer b. Vâkîd el-Vâkîdî, *Kitabu'l Meğazî*, thk. Mersden Jones (Beirut, Alemü'l Kütüb, 1984), 3/943.

<sup>72</sup> İbn Hişâm, *Siretü'n-Nebeviyye*, 4/153; Vâkîdî, *Kitabu'l Meğazî*, 3/989.

<sup>73</sup> İnsan, 76/8.



vermiş ve yemek verilmesini emretmiştir.<sup>74</sup> Bu yaklaşımların bir sonucu olarak sahabe kendisine emanet edilen veya hissesine düşen esirlere kendi yediklerinden dahi iyi yiyecekleri vermişlerdir.<sup>75</sup> Ayrıca esirler sıcak, soğuk, saldırı gibi tehlikelerden korunurlar. Esirler arasında çok yakın akrabalar özellikle de anne çocuğundan ayrılmaz. Özel hâllerde esirlerin makam ve mevkilerine göre hürmet gösterilir. Zorla çalıştırılmazlar. Disiplini bozarsa veyahut da kaçmaya çalışırsa komutanın vereceği cezaya göre cezalandırılır.

Bu konuda İslam hukukçuları arasında fikir ayrılıkları bulunmaktadır. Ebu Hanife'ye göre devlet başkanı/halife savaş esirleri arasında bulunan askerleri öldürme, köleleştirip savaşa katılanlar arasında paylaşırma ve zimmî statüsüne geçirerek karşılıksız salıverme gibi üç seçenektan birini uygulamada serbesttir. Ayrıca Ebu Hanife ile Ebu Yusuf esirlerin fidye karşılığında serbest bırakılmasını caiz görmemiştir. İmam Muhammed ise ihtiyaç olması durumunda meşru görmüştür.<sup>76</sup>

İmam Malik, karşılıksız serbest bırakma dışında esirlerin öldürülmesi, köleleştirilmesi ve fidye karşılığında serbest bırakılması gibi seçenekleri uygulamada devlet başkanı veya komutanın kamu yararına uygun bir karar verme yetisine sahip olduğu görüşündedir.<sup>77</sup> İbn Rüşd (1198) Maliki mezhebinde, din adamları hariç savaş esirlerinin tamamının kölelik statüsünde olacağına dair icmâ olduğunu ifade eder.<sup>78</sup> Bu konuda İmam Şafî ve Ahmed b. Hanbel ise devlet başkanının esirlerin öldürülmesi, köleleştirilmesi, fidye karşılığında, Müslüman olma ihtimalleri veya Müslümanlara karşı tekrar savaşmayacaklarından emin olunması durumunda karşılıksız serbest bırakılması gibi seçeneklerinden birini uygulanabileceği görüşündedir.<sup>79</sup>

İslam hukukçularının yukarıda bahsi geçen görüşlerini kendi buldukları zaman, mekân ve şartlar içerisinde değerlendirmek gerekir. Günümüz şartlarında devlet başkanına tanınan seçme hürriyeti mutlak bir özgürlük olarak anlaşılmamalı, *"Raiyyenin üzerindeki tasarruf maslahata menuttur"*<sup>80</sup> kaidesiyle bu hürriyet sınırlandırılmalıdır. Kamu yararı zaman, mekân ve şartların değişmesiyle değişebilmektedir.

### 1. Esirlerin öldürülmesi

Esirlerin öldürülmesi konusundaki görüş farklılıkları esirlerle ilgili ayetlerin nesh edilip edilmediğinden, ayetlerin yorumlanmasından ve Hz. Peygamber'in uygulamalarındaki farklılıklardan kaynaklanmaktadır.<sup>81</sup> Esirlerin öldürülmesi gerektiğini savunan fakihler görüşlerini Hz. Peygamber'in Bedir savaşı, Beni Kurayza Yahudilerinden eli silah tutan erkeklerin

<sup>74</sup> Ebu Abdullah Ahmed b. Muhammed b. Hanbel eş-Şeybani Ahmed b. Hanbel, el-Müsned, nşr. Şuayb el-Arnavut vd. (Beyrut: Müessesetu'r-Risale, 1421/2001), 33/124 (No. 19894).

<sup>75</sup> Birsin, *"İslam Devletler Hukukunda Savaş Esirlerine Uygulanan Yaptırımların Analizi"*, 168.

<sup>76</sup> Serahsî, Şerhu's-Siyerü'l-Kebir, 3/124.

<sup>77</sup> Ebü'l-Hasen Ali b. Muhammed b. Habîb el-Basrî el-Mâverî, Ahkâmü's-Sultaniyye ve'l-Vilayati'd-Diniyye, thk. Ahmed Mübarek Bağdadi (Kuveyt, Daru İbn Kuteybe, 1989), 166; Yaka, *İslam'da Kölelik*, 37-38.

<sup>78</sup> İbn Rüşd el-Hafid, *Bidayetü'l Müctehid ve Nihayetü'l-Muktesid*, (Beyrut, Daru'l Ma'rife, 1982), 1/382

<sup>79</sup> Muhammed b. İdris eş-Şafî, *Ümm*, thk. Rıf at Fevzi (Mansura, Daru'l Vefâ, 2001), 7/637; İbn Rüşd *Bidayetü'l Müctehid*, 1/382; Ebü Ya'la Muhammed b. Hüseyin b. Muhammed el-Ferrâ', el-Ahkâmü's-Sultaniyye, thk. Muhammed Hâmid el-Fâki (Beyrut, Daru'l-Kütübi'l-İlmiyye, 2000) 141-142.

<sup>80</sup> Ali Haydar Efendi, *Dürrü'l-Hükkâm Şerhu Mecelleti'l-Ahkâm* (İstanbul, Diyanet İşleri Başkanlığı Yayınları No:1774. 2020), 1/125

<sup>81</sup> İbn Rüşd, *Bidayetü'l Müctehid*, çev. Ahmed Meylani, 2/153.

öldürülmesi fillerine dayandırmaktadırlar.<sup>82</sup> İbn Hişam (833)'da geçen rivayette Beni Kurayze'den 600-800 kişi öldürülmüştür.<sup>83</sup> Muhammed Suresi 4. ayetinin esirlere yapılacak muameleyi iki seçenekle sınırlama veya esirlerin öldürülmesini yasaklama gibi bir amacı yoktur. Düşmanı iyice sindirmeden esir alınmasının yasaklanması, daha sonra esirlerin karşılıksız veya fidye karşılığında serbest bırakılması emri vücut değil ibaha ifade eder. Hanefi mezhebine göre Hz. Peygamber'in yukarıda bahsi geçen uygulamalarına istinaden savaş esirlerinin öldürülmesi caizdir.<sup>84</sup> Ebu Yusuf (798) ihtiyaç olmadığı durumlarda esirlerin fidye karşılığında serbest bırakılmasını caiz görmezken, İmam Muhammed ise her durumda fidye karşılığında serbest bırakılmaları gerektiği görüşündedir.<sup>85</sup> Esirlerin öldürülmesi ile ilgili Malikîler erkek esirlerin öldürülebileceğini, Şafîîler de bu konuda devlet başkanının öldürme, köleleştirme, karşılıklı veya karşılıksız serbest bırakma gibi seçenekler arasında tercih yapmada özgür olduğunu düşünmektedirler.<sup>86</sup> Bu görüş bize hukuki muhayyerliğin olduğunu göstermesi açısından önemlidir. Hanbelîler serbest kalmaları durumunda zarar vermelerinden endişe edilen esirlerin öldürülmesi, zararından emin olunan ve maddi durumu iyi olanların fidye karşılığında serbest bırakılmaları, iman etmeleri muhtemel olanların karşılıksız bırakılmalarının uygun olacağı görüşündedir. Kadın ve çocukların köleleştirilmesinin maslahata daha uygun olacağını düşünmektedirler.<sup>87</sup>

## 2. Esirlerin Köleleştirilmesi

İslam geldiğinde var olan köleliği sona erdirmek ve insanları hürriyetine kavuşturmak için mücadele etmiştir. Ancak dönemin siyasi, sosyal, ekonomik ve toplumsal şartların yanı sıra diğer devletlere karşı yaptırım gücü gibi nedenlerden dolayı tamamen kaldıramamıştır. Ancak köleleştirilme bütün sebeplerini sonlandırarak sebep olarak sadece savaş esirliğini meşru kabul etmiştir.<sup>88</sup> Kur'an'da köle, başkasının mahiyetinde olan, ceza bakımından hür kimselerin yarısı, yoksul ve hür olamayan anlamlarında kullanılmıştır.<sup>89</sup> Savaşta esir düşenlerin köleleştirilmesi konusunda herhangi bir ayet yoktur. Tam aksine esir statüsündeki köle ve cariyelerin yemin, zihar ve hataen adam öldürme suçlarına karşılık azat edilmesi emredilmiştir.<sup>90</sup> Kölelere iyi davranılması, barınma ve iâşelerinin eksiksiz verilmesi ve kölelerin azat edilmesinin ibadet olarak telakki edilmesi,<sup>91</sup> zekât verilebilecek yerlerden birisinin de köleler olması<sup>92</sup> İslam'ın köleliğe bakış açısını yansıtmaya açısından önemlidir.

<sup>82</sup> Taberî, *Câmi' u'l-beyân*, 21/187; İbnü'l Arabî, *Ahkâmu'l-Kur'an*, 4/132; Cessâs, *Ahkâmu'l-Kur'an*, 4/269

<sup>83</sup> İbn Hişam, *Siretü'n-Nebeviyye*, 3/149

<sup>84</sup> Alâüddîn Ebû Bekr b. Mes'ûd b. Ahmed el-Kasânî, *Bedâ' i' u's-sanâ' i' fi tertibi's-şerâ' i'*, (Beyrut, Daru'l-Kütübî'l-İlmiyye, 1986), 7/119; Serahsî, *Şerhu's-Siyerü'l-Kebir*, 3/125.

<sup>85</sup> Mevsilî, *el-İhtiyâr*, 4/362

<sup>86</sup> Muhammed b. İdris eş-Şafîî, *Ümm*, thk. Rıf'at Fevzi (Mansura, Daru'l Vefâ, 2001), 7/637

<sup>87</sup> Ebû Muhammed Muvaffakuddîn Abdullâh b. Ahmed b. Muhammed b. Kudâme, Muğni, thk. Abdullâh b. Abdulmuhsin – Andulfettah Muhammed el-Hulv (Riyad, Daru Alemi'l Kütüb, 1997), 13/48; Ebu Ya'la, *Ahkamu's-Sultaniyye*, 141.

<sup>88</sup> Abdullâh Nâsîh Ulvân, *Nizâmu'r-Rikki fi'l İslâm* (Cidde, Daru's-Selam, ts), 70-77.

<sup>89</sup> Nisâ, 4/24, 25; Nûr, 24/32

<sup>90</sup> Mâide, 5/89; Mücâdele, 58/3; Nisâ, 4/92

<sup>91</sup> Nisâ, 4/36, 92; Nahl, 16/76

<sup>92</sup> Beled, 90/13; Tevbe, 9/60

İslam hukukçularının esirleri köleleştirme gibi uygulamayı kabul etmeleri bunun o dönemlerde milletlerarası bir uygulama olmasından kaynaklanmaktadır. İslamiyet köleliği asırlar önceden toplumlarda yerleşmiş ve kabul görmüş bir gelenek olarak bulmuştur. Bu bakımdan köleliği tek taraflı ve kesin bir kararla kaldırma yolunu izlememiş ve zamanla tedrici olarak ortadan kalkmasını sağlayacak bir zemin oluşturmuştur. İslam hukukunda genel olarak köleliğin iki kaynağı vardır: savaş esirleri ve bir köleden doğmuş olmak.<sup>93</sup> Peygamber'in hiçbir kimseyi köleleştirmediyi söyleyenler de bulunmaktadır.<sup>94</sup> Asrı saadet döneminde yaşayan bir kölenin günümüzde karın tokluğuna çalışan pek çok insandan daha iyi hayat standartlarına sahip olduğu söylenebilir.<sup>95</sup>

Esirlerin köleleştirilmesini kabul eden âlimler görüşlerini Hz. Peygamber'in Beni Kureyza ve Huneyn gazvelerinde esir alınan kadın ve çocukları köle statüsüne alarak savaşa katılanlar arasında dağıttığına dair rivayetlere dayandırmaktadır.<sup>96</sup> Ebû Ubeyd (838) *Kitabü'l-Emvâl* isimli eserinde sahabenin ehli kitabın erkek ve kadınlarının köleleştirilmesinde icmâ ettikleri rivayetlerine yer vermektedir.<sup>97</sup> Esirlerin köleleştirilmesi konusunda Arap müşrikler ve ehli kitap arasında ayırım yapan Hanefiler Arap müşriklerin kadın ve çocuklarını fey kapsamında değerlendirdiklerinden öldürülmelerinin caiz olmadığı ve dolayısıyla köleleştirme seçeneğini uygulamak gerektiğini düşünmektedirler. Arap müşrik erkekler İslam'ı kabul etmedikleri takdirde öldürülürler. Ehli kitap erkekler köleleştirilebildikleri gibi cizye karşılığında serbest bırakılabilirler. Kadın ve çocuklar ise köleleştirilirler.<sup>98</sup> Maliki mezhebine göre erkek esirler de köleleştirilebilir. Kadın ve çocuklar ise öldürülmez sadece köleleştirilir veya karşılıklı takasla serbest bırakılırlar.<sup>99</sup> Şafii mezhebine göre savaşan erkeklerin köleleştirilmesi caizdir. Kadın ve çocuklar ise esir alınmakla doğrudan köle statüsünde sayılırlar. Şafiilerin bu görüşlerinin temelinde Hz. Peygamber'in Beni Mustalık, Hayber ve Hevâzin esirlerine karşı yaptığı uygulamaları vardır.<sup>100</sup> Hanbeliler esirleri üçe ayırmaktadır. Birinci kısım kadın ve çocuklar, esir alındıkları anda köle statüsünde kabul edilirler ve öldürülmeleri caiz değildir. İkincisi cizye mükellefi olabilecek ehli kitap erkekleri esir alındıklarında devlet başkanı öldürme, karşılıksız veya fidye mukabilinde serbest bırakma ve köleleştirme seçeneklerinden dilediğini uygulayabilir. Üçüncüsü devlet başkanı cizye alınmayacak putperest ve müşrik erkekler esir alındıklarında öldürülme, fidye karşılığında veya karşılıksız serbest bırakma seçeneklerinden birini uygulayabilir.<sup>101</sup>

Yukarıda bahsi geçen hukukçuların bu görüşleri kendi yaşadıkları dönem şartlarında değerlendirildiğinde savaş esirlerine bakış açıları süregelen bir olgunun yansıması niteliğinde

<sup>93</sup> Aydın ve Hamidullah, "Köle-1" 26/238.

<sup>94</sup> Hamza Aktan, "Hz. Peygamber Döneminde Kölelik Olgusu ve İnsan Özgürlüğüne Kur'ani Yaklaşım", Ankara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi Sayı 16 (2001), 73.

<sup>95</sup> Hikmet Akdemir, Kur'an ve Sünnetin Kölelerin Hadım Meselesine Yaklaşımı, Harran Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi, 14/21 (Ocak-Haziran 2009), 31.

<sup>96</sup> Ulvân, Nizâmu'r-Rikk, 23.

<sup>97</sup> Kasım b. Sellâm Ebu Ubeyd, Kitabü'l-Emvâl thk. Seyyid b. Receb (Riyad, Daru'l-Fadile, 2007), 1/239

<sup>98</sup> Kâsânî, Bedâiü's-Senai, 7/119; Bilmen, Hukuki İslamiyye Kamusu, 3/402

<sup>99</sup> Mâverdi, Ahkâmu's-Sultaniyye, 166

<sup>100</sup> Şafii, Umm, 7/667; Ebû İshâk Cemâlüddin İbrâhîm b. Alî b. Yûsuf eş-Şîrâzi, *el-Mühezzeb fi fikhri'l-İmâm eş-Şâfi'i* (Riyad, Daru'l-Kalem, 1996), 5/258.

<sup>101</sup> İbn Kudâme, Muğni, 13/44

anlaşılabilir. Çünkü esirlerin öldürülmesi, köleleştirilmesi, fidye karşılığında ve duruma göre karşılıksız serbest bırakılması Arap toplumunda uygulanmakta idi. Hz. Peygamber'in uygulamaları dikkatle incelendiğinde esirlerin çoğunlukta fidye karşılığında ve fidyesiz serbest bırakıldıkları görülür. Kölelerin yaşadıkları ortam ve şartların iyileştirilmesi noktasında sahabeye telkinlerde bulunulmuştur. Hamidullah İslam'ın köleliği en aza indirme ve tedricen kendiliğinden son bulma siyasetini uyguladığını ifade eder. Sebebinin İslam'ın ortaya çıktığı dönemde eski medeniyetlerde ve dönemin güçlü devletlerinde yerleşmiş ve doğal karşılanan bir olgu olarak görüldüğünden tek taraflı kaldırmanın mümkün olmadığı, zamanla ortadan kalkmasını sağlayacak bir zemin oluşturma gayretleri olduğu şeklinde açıklar.<sup>102</sup> Konuyu Siyaset-i Şer'iyye bağlamında değerlendiren Karadâvî ise esirlerin köleleştirilmesinin zorunluluk değil, tercih meselesi olduğunu ifade etmektedir.<sup>103</sup>

### 3. Esirlerin Serbest Bırakılması

Hız. Peygamber zamanında esirlerin büyük çoğunluğu fidye karşılığında, karşılıksız veya takas yoluyla serbest bırakılmıştır. Hz. Peygamber'in "*Kimse kardeşinin elindeki esiri haksız yere öldürmesin*"<sup>104</sup> hadisi de esirlerin haksız yere öldürülmediklerini teyit etmektedir. Esirler konusunda Hz. Peygamber'in yukarıda zikredilen uygulamaları genelde fidye karşılığında, durumu olmayan esirleri de bazen karşılıksız bazen de sahabeye okuma-yazma öğretmesi karşılığında serbest bıraktığı anlaşılmaktadır. Ben-i Nahle seriyyesinde esir alınan iki kişi, kişi başı 40 ukıyye,<sup>105</sup> Bedir gazvesinde esirler, mali durumlarına göre 1000-4000 dirhem arasında fidye karşılığında serbest bırakılmıştır. Öte yandan mali durumu iyi olmayan esirler 10 kişiye okuma-yazma öğretmeleri karşılığında serbest bırakılmıştır.<sup>106</sup> Adî b. Hâtim'in kız kardeşi Seffâne'yi Hz. Peygamber, giyecek elbise, binek ve yol ihtiyaçlarını temin ederek karşılıksız salıvermiştir.<sup>107</sup> Esirler arasında Müslümanların akrabası bulunması hâlinde alınan fidyeler mal cinsinden olabileceği gibi karşılıklı esir değişimi şeklinde de olabilmektedir.<sup>108</sup> Hanefilere göre esirin darülharbe dönmek üzere karşılıksız veya fidye karşılığında serbest bırakılması tekrar Müslümanlara karşı saf tutma ihtimallerinden dolayı caiz değildir.<sup>109</sup>

### 4. Esirlerin Karşılıklı Mübadele Edilmesi

Ebu Hanife hariç diğer Hukukçulara göre düşman esirleri Müslüman esirlerle mübadele yoluyla serbest bırakılabilir. Onların bu konudaki delilleri ise esirin bir karşılıkla serbest

<sup>102</sup> Muhammed Hamidulah, İslamda Devlet İdaresi (İstanbul, Beyan Yayınları, 2016), 273.

<sup>103</sup> Karadâvî, Fıkhu'l Cihâd, 2/974

<sup>104</sup> Ahmed b. Muhammed b. Hanbel, Müsned, thk. Şuayb el-Arnâvut (Kahire, Daru'l-Hadis, 1995) 15/150.

<sup>105</sup> Hz. Peygamber döneminde kullanılan diğer ölçü birimleri gibi yer, zaman ve tartılan/ölçülen şeyin cinsine göre değişiklik göstermişse de ukıyyenin değeri çoğunlukla rıtın on ikide birine eşit olmuştur. Hadis ve fıkıh âlimleri arasında Hz. Peygamber devrinde kullanılan Hicaz ukıyyesinin 40 dirheme denk geldiği hususunda görüş birliği varsa da miskal cinsinden karşılığı net değildir. 40 dirhemlik veya (40x2.975)119 gr'lık bir ağırlık ve kıymet ölçüsü (Cengiz Kallek, "*Ukıyye*" Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi (İstanbul, TDV Yayınları, 2012),42/67; Cengiz Kallek, *Sosyal Servet İslâm'da Yönetim-Piyasa İlişkisi* (İstanbul: Klasik yayınları, 2015), 173; Ebû Muhammed Cemâlüddin Abdülmelik b. Hişâm, es-Süretü'n-Nebeviyye (Kahire, Daru'l Fecr, 2010), 2/197)

<sup>106</sup> İbn Sâd, Tabakât, 2/17

<sup>107</sup> İbn Hişâm, Siretü'n-Nebeviyye, 4/153; Vâkıdî, *Kitabu'l Meğâzî*, 3/989.

<sup>108</sup> Râzî, Mefatihü'l Gayb, 20/75

<sup>109</sup> Özel, "Esir".

bırakılacağını bildiren ayetle, Hz. Peygamber'in uygulamalarıdır. Ayrıca bu yolla düşmanın elinde olan Müslüman esirler düşmanın her türlü eziyetine, baskısına veya işkencesine maruz kalmaktan korunmuş olur.<sup>110</sup> Esirlerin mübadelesi konusunda Ebu Hanife caiz olmadığı, İmam meyn ise caiz olduğu görüşündedir. Ebu Yusuf, esirlerin mücahitlere ganimet olarak dağıtılmasından sonra mübadele olmaz derken; İmam Muhammed olabileceği görüşündedir.<sup>111</sup> Savaş esirleri hakkında muasır alimler arasında esirlerin öldürülmesine ve köleleştirilmesine karşı olanlar,<sup>112</sup> öldürülmelerini bazı şartların oluşması hâlinde caiz görenler,<sup>113</sup> uluslararası hukuk çerçevesinde mütakabiliyet kapsamında köleleştirmeyi kabul edenler,<sup>114</sup> öldürme ve köleleştirmeyi siyaset-i şer'iyye bağlamında açıklayanlar<sup>115</sup> olmak üzere dört farklı görüş vardır. Daha önce devlet başkanının yetkisi ve tasarrufunda olan köleleştirme kararı, günümüzde insan hakları kapsamında yasaklandığından uygulanma imkânı yoktur.<sup>116</sup>

### C. MODERN HUKUKTA SAVAŞ

Hem İslam hukukunda hem de modern hukukta savaş, son çare olarak düşünülen bir çözüm yoludur. Savaşa başvurmadan önce, sorunu barışçıl yollarla çözmek için elçi gönderme veya arabulucu devletler aracılığıyla anlaşma zemini aranmaktadır. Savaşın haklı ve meşru bir sebebinin olması gerekir. Haklı bir gerekçeye dayanmayan savaşlar uluslararası arenada işgal olarak nitelendirilir. Devletler tarih boyunca bir yandan savaşı yasaklamaya çalışırken diğer yandan savaşta uygulanacak kuralları düzenlemeye çalışmışlardır.<sup>117</sup> Savaşın bitirilmesi mümkün olmadığı için bu kurallarla savaşın zararlarının en aza indirgenmesi hedeflenmiştir. Savaş kuralları incelendiğinde, tüm bu kuralların savaş sırasında gereksiz acı ve ıstırap veren davranışlardan kaçınma, ele geçen esirlere ve yaralılara insanca muamele etme, barışın yeniden tesis edilmesi için gerekli çaba gösterme şeklinde üç temel ilkeye dayandığı görülür.

Özetle bu ilkeler askerî gereklilik, gereksiz acı ve ıstırapın önlenmesi ve orantı ilkeleridir.<sup>118</sup> Bu bağlamda sivillerin kasıtlı olarak öldürülmesi veya hedef alınması bir savaş suçudur. Savaşan taraflar sivil zayıyatı en aza indirmek için gereken her türlü tedbiri almakla yükümlüdürler. Uluslararası insani hukukta (UİH), tarım mahsullerine, su kaynaklarına, tıbbi tesislere, konutlara, sivil taşıtlara ve yaşamlarını idame ettirmek için gereksinim duydukları her

<sup>110</sup> Serahsî, Mebsut, 10/24-25

<sup>111</sup> Serahsî, Şerhu Siyerü'l Kebir, 3/124; Ebû Yusuf, Kitabü'l Emvâl, 312

<sup>112</sup> Sir Seyyid Ahmed Han, *İbtâl-ı Gulamî el-Müsemma bi Terbiyeti'l-İslam an Şeyni'l-Emeti ve'l Gulam* (Hindistan, Matbatı Müfid Âm, 1893), 107

<sup>113</sup> Yusuf Karadâvi, Fıku'l Cihad, (Kahire, Mektebetü'l Vehbe, 2009)2/974) Muhammed Hamidullah, *İslam'da Devlet İdaresi* (İstanbul, Beyan Yayınları, 2016), 268; Muhammed Hamidullah, *İslam Peygamberi*, Trc. Mehmet Yazgan (İstanbul, Beyan Yayınları, 2015), 663

<sup>114</sup> Vehbe Zuhaylî, *Asârü'l- Harbi fi'l Fıkhî'l İslamî Dirâse Mukarene* (Dimeşk, Daru'l Fıkr,1998), 461; Abdullah Nasih Ulvan, *Nizamü'r-Rikki fi'l İslam* (Y.y.Daru's-selam li't-Tibaa ve'n-Neşr, 2004), 70; Hasan Tahsin Fendoğlu, *Osmanlı Hukukunda Kölelik ve Cariyelik* (İstanbul, Beyan Yayınları, 1996), 304; Ahmet Yaman, *İslam Devletler Hukukunda Savaş* (İstanbul, Beyan Yayınları, 1998),170.

<sup>115</sup> Muhammed Hayr Heykel, *el-Cihad ve'l-Kital fi's-Siyaseti's-Şer'iyye* (Beirut, Daru'l Beyarık, 1996), 3/1545; Karadâvi, *Fıkhü'l-Cihad*, 2/974; Ulvan, *Nizamü'r-Rik*, 26.

<sup>116</sup> Ahmet Özel, *İslam Devletler Hukukunda Savaş Esirleri*, (Ankara, Türkiye Diyanet Vakfı Yayınları, 1. Baskı, 1996), 89.

<sup>117</sup> Aslan, *Savaş Hukukunun Temel Prensipleri*, 236

<sup>118</sup> Seha L. Meray, *Uluslararası Hukuk ve Örgütler* (Ankara, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi,1979), 247-263

türlü eşya ve araçların imhası yasaklanmıştır.<sup>119</sup> 1949 yılında imzalana 3. Cenevre Sözleşmesi'nin 3. maddesinin birinci fıkrasına göre; Çatışmalara doğrudan katılmayan kimseler, Silahlarını bırakmış teslim olmuş kimseler, Savaş sırasında yaralanmış, hastalanmış veya tutuklanmış kimselere dokunulması yasaklanmıştır. Ayrıca kişinin hayat bütünlüğüne ve onurunu zedeleyici her türlü saldırı, işkence, kötü muamele, rehin alma, hukuk işletilmeden alınan infaz kararları savaş suçu kapsamında değerlendirilmiştir.<sup>120</sup> Bu sözleşmelerle her türlü sivil unsurun yanı sıra savaş esirleri, yaralı, hasta, tıbbi ve dinî personellerin hayatları muhafaza altına alınmıştır. Bu bağlamda savaş konusunun uluslararası hukuk kapsamına dahil edilmesi ilk defa 1864 yılında imzalanan Cenevre Sözleşmesi ile olmuştur.<sup>121</sup> Temel prensip olarak savaşta saldırının askerî hedefler olması, sivil ve masumların can ve mal güvenliğinin sağlanması gerekir. 1856 Paris Deklarasyonu'nda ve daha sonraki 1864 Cenevre Sözleşmesi ile birlikte insani hukukun temelleri atılmıştır. Bu sözleşmede savaş meydanındaki yaralı askerlerin durumunun iyileştirmesi söz konusu edilmiştir.<sup>122</sup> Savaş hukuku alanında yapılmış sözleşmelerden en önemlisi 1907 tarihinde imzalanan, kara savaşının yasa ve kurallarını düzenleyen Lahey Sözleşmesi'dir. Fakat bu sözleşmenin ikinci maddesinde geçen "savaşan tarafların hükümleri kabul etmesi halinde geçerlidir" ibaresinden dolayı uygulama imkânı bulamamıştır.<sup>123</sup> 1929 yılında imzalanan 2. Cenevre Sözleşmesi'nde savaş sırasında denizdeki yaralı, hasta ve gemisi kazaya uğramış askerî personeli koruyan maddeler yer almıştır. 1949 yılında imzalanan 3. Cenevre Sözleşmesi'nde savaş esirleri ile ilgili 143 madde bulunmaktadır. Burada İlk iki sözleşmeye göre esaret şartları, yaşama koşulları, esirlerin çalıştırılması, tedavi ve aleyhlerine açılan davalar daha net bir biçimde konu edinilmiştir. Ayrıca bu sözleşmede savaşın sona ermesi ve silahlı çatışmanın bitmesine müteakiben esirlerin serbest bırakılmasını öngörmektedir. Bu sözleşmenin 3. maddesinde şu ifadeler yer verilmektedir: "Silahlarını bırakan askerler, hastalık, yaralanma mevkufiyet dolayısıyla veya sair herhangi bir sebeple savaşı bırakmış şahıslar ile savaşa doğrudan katılmayan şahıslar, ırk, renk, din ve inanç, cinsiyet, nesep veya servete veya bunlara mümasil herhangi diğer bir kıstasa dayanan aleyhte tefrik gözetilmeksizin bilumum hâllerde insanca muamele edilecektir."<sup>124</sup> 1950 yılında kabul edilen 4. Cenevre Sözleşmesi ise işgal altında bulunan sivilleri korumaya yöneliktir.<sup>125</sup> Ancak bu sözleşmelerin büyük çoğunluğu teamül şeklinde kalmıştır.<sup>126</sup> Savaş hukuku kurallarının bağlayıcılığı konusunu uluslararası arenada devletlerin ekonomik ve ordu bakımından güçlü olup olmamalarına göre değişkenlik arz etmektedir.<sup>127</sup> Bu durum hem dünya savaşlarında hem de Afganistan, Irak ve Suriye savaşlarında

<sup>119</sup> Mukhtar Hajızada, *Uluslararası İnsancıl Hukukta Sivillerin Korunması* (İstanbul: İstanbul Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, 2008), 34.

<sup>120</sup> Pazarcı, *Uluslararası Hukuk Dersleri IV*, 312; Zeki Mesud Alsan, 1949 Cenevre Sözleşmeleri, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 7/3 (Mayıs 1950), 54.

<sup>121</sup> Hüseyin Pazarcı, *Uluslararası Hukuk Dersleri IV* (Ankara, Turhan Kitapevi, 2000), 127

<sup>122</sup> Melike Batur Yamaner vd., *12 Ağustos 1949 Tarihli Cenevre Sözleşmeleri ve Ek Protokolleri* (İstanbul, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları -42, ts), 1-25

<sup>123</sup> Aslan, *Savaş Hukukunun Temel Prensipleri*, 240.

<sup>124</sup> Yamaner vd., *Cenevre Sözleşmeleri ve Ek Protokolleri*, 50

<sup>125</sup> Birinci Dünya Savaşı ve İkinci Dünya Savaşı sonrası yapılan anlaşmalar hakkında geniş bilgi için bkz. Aslan, *Savaş Hukukunun Temel Prensipleri*, 236-245.

<sup>126</sup> Seha L. Meray, *Devletler Hukukuna Giriş* (Ankara, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınevi, 1965), 618-624

<sup>127</sup> Meray, *Devletler Hukukuna Giriş*, 457.



kendisini göstermiştir. Uluslararası anlaşmalarla güvence altına alınan hususların büyük bir kısmı sadece teoride kalmıştır.

### 1. Modern Savaş Hukukunda Esirler

Savaş esirlerine uygulanacak muamele ve savaş zamanında sivillerin korunmasını detaylı bir şekilde konu alan ilk sözleşme 1949 yılında imzalan üçüncü ve dördüncü Cenevre Sözleşmesi'dir. Bu sözleşme 1907 Lahey ve 1929 yılında imzalanan esirler sözleşmesinden daha kapsamlıdır. Savaş meydanındaki yaralı askerlerin durumunu iyileştirmek amacıyla bu sözleşme düzenlenmiştir.<sup>128</sup> Özellikle 1949 yılında imzalanan 3. Cenevre Sözleşmesi savaş esirlerinin hak ve hukuklarını çok geniş bir şekilde ele almıştır. Esaret şartları, yaşama koşulları, esirlerin çalıştırılması, tedavi ve aleyhlerine açılan davalar daha net bir biçimde ele alınmıştır. Sözleşmede savaşa müteakiben esirlerin serbest bırakılması öngörülmektedir. Silahlarını bırakan askerler, hastalık, yaralanma mevkufiyet dolayısıyla veya sair herhangi bir sebeple savaşı bırakmış şahıslar veya savaşa doğrudan katılmayan şahıslar, ırk, renk, din ve inanç, cinsiyet, nesep farkı gözetmeksizin eşit muamele görecektir, herkes insanca muamele edilecektir.<sup>129</sup> Bu sözleşmelerde geçen hak ve hürriyetlerin büyük çoğunluğu teamül şeklinde kalmıştır.<sup>130</sup> Savaş hukuku kurallarının bağlayıcılığı konusunu uluslararası arenada devletlerin ekonomik ve ordu bakımından güçlü olup olmamalarına göre değişkenlik arz etmektedir.<sup>131</sup> Bu durum hem dünya savaşlarında hem de Afganistan, Irak ve Suriye savaşlarında kendisini göstermiştir. Uluslararası anlaşmalarla güvence altına alınan hususların büyük bir kısmı uygulanmamıştır.

Sözleşmesi'nin 4. maddesinde kimlerin savaş esiri kapsamında değerlendirileceği ele alınmıştır. Sözleşmenin on üçüncü maddesinde savaş esirlerine insanca muamele gerektiği ifade edilmiştir. Esir ölümüne sağlığının tehlikeye atılmasına sebebiyet verecek her türlü davranış mesuliyet gerektirir. İhtiyaç olmadan ameliyat edilmeleri vücut bütünlüğüne zarar verilmesi yasaklanmıştır. Savaş esirlerine her türlü tehdit, zorlama, hakaret yasak olup halkın saldırısına karşı korunmalıdır.<sup>132</sup> Esir oldukları süre içerisinde medeni haklarını kullanma, cins, rütbe, sağlık durumları, yaş ve kabiliyetlerine göre farklı muamele gerektiren sınıflar haricinde hepsi eşittir. Bu sözleşme kapsamında savaş esirleri yakalandıktan sonra sorguya çekilebilir. Tutuklu buldukları yerdeki hayat şartları, iâşe, barınma, emniyetleri, giyim, tedavi, dinî vecibelerine yerine getirme gibi sosyal haklara sahiptir. Ancak ücret mukabilinde güçleri yetecek ve insan onuruna yaraşır ortamlarda çalıştırılabilirler. Askerî eşyaları hariç şahsi eşyalarına dokunulmaz.

<sup>128</sup> Melike Batur Yamaner vd., *12 Ağustos 1949 Tarihli Cenevre Sözleşmeleri ve Ek Protokolleri* (İstanbul, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları -42, ts), 1-25

<sup>129</sup> Yamaner vd., *Cenevre Sözleşmeleri ve Ek Protokolleri*, 50; Birinci Dünya Savaşı ve İkinci Dünya Savaşı sonrası yapılan anlaşmalar hakkında geniş bilgi için bkz. Aslan, *Savaş Hukukunun Temel Prensipleri*, 236-245.

<sup>130</sup> Seha L. Meray, *Devletler Hukukuna Giriş* (Ankara, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınevi, 1965), 618-624

<sup>131</sup> Meray, *Devletler Hukukuna Giriş*, 457.

<sup>132</sup> Alsan, 1949 Cenevre Sözleşmeleri, 50-51.



Aynı sözleşmede savaş esirlerinin çalıştırılacağı işler ziraat, ulaştırma, sanayi, ev hizmetleri, askerî mahiyeti olmayan diğer hizmet dalları şeklinde sıralanmaktadır.<sup>133</sup>

Esirlerle ilgili İslam hukukunda yer alan kuralların büyük çoğunluğu Mer'î hukukta da mevcuttur. Esirlerin köleleştirilmesi uygulaması son dönemlere kadar varlığını sürdürmekle günümüzde son bulmuştur. Esirlerin öldürülmesi tamamen savaşan devletlerin mütekabiliyet esaslarına göre uyguladıkları, ancak günden güne azalan bir uygulamadır. Esirlerin hapsedilmesi, ağır işlerde çalıştırılması geçmişten günümüze kadar devam eden bir uygulamadır. Esirlerin karşılıklı değiş tokuş edilmesi son zamanlarda vuku bulan savaşlarda en çok rastlanan yöntemdir. Bu mübadele duruma göre maddi veya manevi bir karşılık, bazı durumlarda ise karşılıksız olmaktadır.

## SONUÇ

İslam hukuku ve modern hukuk açısından, savaş son çare olarak kabul edilir. İslam, savaşa başvurmamak için gerekli özeni göstermekte ve savaşın kaçınılmaz hale gelmesi durumunda bile keyfi öldürmeyi engellemek ve can kaybını minimize etmek için savaşı belirli kurallarla sınırlamaktadır. Bu kurallar, savaşa katılmayan veya pasif bir konumda olan sivillerin, örneğin kadınlar, çocuklar, yaşlılar, engelliler ve din adamları gibi, yaşama haklarını güvence altına almaktadır. Hz. Peygamber'in barışçıl tutumu, savaş sırasında bile insan hayatına verdiği değeri yansıtmış ve savaşı belirli kurallarla sınırlamıştır. Bu yaklaşım, İslam'a özgü bir savaş hukukunun oluşmasına da zemin hazırlamıştır. Esirler, karşılıksız, fidye veya başka bir karşılıkla serbest bırakılana kadar gıda, giyim ve barınma gibi kişisel ihtiyaçlarından Müslümanlar sorumludur. Hz. Peygamber döneminde esirler, genellikle kamplarda toplu halde veya hapis-hanelerde değil, sahabeler arasında bakımlarını üstlenmek ve gözetim altında tutmak amacıyla dağıtılırlar veya Mescidi Nebevi'de tutulurlardı.

Hz. Peygamber'den sonraki dönemlerde, devlet başkanı savaş esirlerinin kaderini belirlerken kamu yararı göz önünde bulundururdu. Bu çerçevede, savaş esirlerini öldürme, karşılıksız veya fidye karşılığı serbest bırakma, mübadele etme, köleleştirme veya cizye ödetme gibi farklı seçenekler arasından birini tercih ederdi. Ancak esirlerin öldürülmesi veya köleleştirilmesi gibi sert önlemlerin alınmasında, Müslümanların o dönemdeki savaş gücü ve Müslümanlara karşı tekrar savaşa olasılığı gibi faktörler de dikkate alınır. Savaş esirlerinin köleleştirilmesi gibi bir uygulama, dönemin koşullarına göre değerlendirilmelidir.

Kölelikle ilgili dikkat çeken bir diğer husus, İslam'ın o dönemdeki kölelik anlayışına reform niteliğinde önemli değişiklikler getirmiş olmasıdır. İslam, Müslim veya gayrimüslim olsun, herhangi bir kölenin can güvenliği, yeme, içme, giyim ve barınma gibi temel haklara sahip olduğunu kabul etmiştir. Köleler, insan olarak kabul edilir ve insanca muameleye layık görülürler. Onlara işkence yapmak veya dayanamayacakları işler vermek İslam'a göre kabul edilemez. Ayrıca, farklı mezheplerin kölelere bakış açısı, kendi yaşadıkları dönemin şartlarında

<sup>133</sup> Alsan, 1949 Cenevre Sözleşmeleri, 52; Ayrıntılı bilgi için bkz. Mehmet Koçak, Srebrenica Soykırımını (İstanbul, Batu Yayıncılık, 2010), 51-88; Münim Mustafa, Cepheden Cepheye (İstanbul, Arma Yayınları, 2012), 95; Mesut Erşan, Çanakkale Muharebelerinde Savaş Hukuk İhlalleri, Atatürk Araştırma Merkezi Dergisi, 27/73 (Mart 2009), 5-7.

değerlendirilmelidir. Çünkü savaş esirlerinin öldürülmesi, köleleştirilmesi, fidye karşılığında serbest bırakılması veya karşılıksız bırakılması gibi uygulamalar, Arap toplumunda o dönemde yaygın olan bir gelenektir. Hz. Peygamber'in uygulamaları incelendiğinde, esirlerin çoğunlukla fidye karşılığında veya karşılıksız olarak serbest bırakıldığı görülür. İslam, köleliği azaltma ve zamanla köleliği sona erdirmeye politikasını benimsemiştir. Dolayısıyla, köleleştirme kararı vermek zorunlu bir gereklilik değil, tercih meselesi olarak görülmelidir. Bu yaklaşım, Siyaset-i Şer'iyeye göre ele alındığında daha iyi anlaşılacaktır.

Modern savaş hukuku, yukarıda bahsedilen önemli sözleşmelerin imzalanmasıyla oluşturulmuştur. Ancak, zaman içinde bu sözleşmelere taraf olan ülkeler dahi bazı durumlarda bu kuralları uygulamamış veya tam anlamıyla uygulamamış olabilirler. Bu nedenle, çalışmamızda her iki hukuk alanı arasındaki benzerlikler ve farklar tespit edilmiştir.

Tespit edilen bu hususlar şunlardır:

1. Savaştan önce elçilerin gönderilmesi veya arabulucu devletlerin anlaşmazlıkları sulh yoluyla çözme gayretleri her iki hukukta da mevcuttur.
2. Savaş her iki hukukta da en son başvurulacak çözüm yoludur.
3. İslam hukukunda sivillerin korunması; yaralı, hasta, din adamları, engelli, kadın ve çocukların can ve malları dokunulmazlıkları vardır. Aynı şekilde uluslararası hukukta da bu kimselerin güvenliğini sağlamak savaşan tarafların görevidir. Gereken hassasiyeti göstermekle yükümlüdürler.
4. Savaşan taraflara eşlik eden, lojistik destek sağlayan, çatışmaya katkı sağladıkları tespit edilen kişiler sivil olma vasıflarını kaybettiklerinden dolayı korunma haklarını kaybetmektedirler.
5. Her iki hukukta da savaşta ölen veya esir alınan kimselerin vücut bütünlüğüne zarar verilmesi yasaklanmıştır. Savaşta ölenler taraflara teslim edilerek inançlarına göre defnedilmesi sağlanır.
6. İslam ve uluslararası hukukta savaş esirlerinin fidye, tazminat karşılığında serbest bırakılması vardır. Bu hususta mütekebbiliyet esası geçerlidir. Her iki hukukta da devlet başkanının kamu yararını gözetmek şartıyla esirleri karşılıksız serbest bırakma yetkisi vardır.
7. İslam hukukunda dönemin şartlarına göre savaşta kullanılan silahlar bellidir. Zamanla gelişen silahların kullanımı sivillere, tabiata ve hayvanlara zarar vermemeye sınırlandırılmıştır. Uluslararası hukukta kara, hava ve deniz savaşlarında kullanılacak silahlar belli sözleşmelerle sınırlandırılmıştır.
8. Uygulanabilirlik bakımından İslam'ın diğer emir ve nehiyelerinde olduğu gibi dünya ve ahiret olmak üzere iki taraflı bir yaptırıma sahiptir. Dolayısıyla ahiret sorumluluğundan dolayı müslümanlar bu kurallara hassasiyetle bağlıdır. Uluslararası hukukta ise kurallar her ne kadar kanun ve sözleşmelerle bağlayıcılık kisvesine bürünse de yaptırım gücü sınırlı olduğunda savaşan taraflar aynı hassasiyeti görememektedir. Bu konuda savaş ihlalleri arasında hastanelerin bombalanması, savaş esirlerinin kurşuna dizilmesi, zehirli gazlar ve kimyasal silahlar gibi yasak silahların kullanılması, savaş esirlerinin yargısız infazı veya çok ağır işlerde çalıştırılması gibi örnekler zikredilebilir.

9. İslam hukukundaki esirlerin köleleştirilmesi İslam'ın ilk geldiği dönemde var olan bir olgunun devamıdır. Günümüz savaş hukuku ve sözleşmelerde esirlerin köleleştirilmeleri söz konusu değildir.

10. Esirlerin öldürülmesi konusu İslam'ın ilk dönemlerinde müslümanların askerî güç bakımından zayıf olduğu bir dönemde siyaseten yapılan bir uygulamadır. Daha sonraki dönemlerde bu uygulama yerine fidye veya fidyesiz serbest bırakma uygulanmıştır.

11. İslam hukukunda esirlerin ücret karşılığında çalıştırılması yokken, uluslararası hukukta belli başlı işlerde ücret mukabili çalıştırılabilir.

## KAYNAKÇA

- Ahmed b. Hanbel, Ebu Abdullah Ahmed b. Muhammed b. Hanbel eş-Şeybani, el-*Müsned*, nşr. Şuayb el-Arnavut vd. Beyrut: Müessesetu'r-Risale, 2001.
- Akdemir, Hikmet. "Kur'an ve Sünnetin Kölelerin Hadım Meselesine Yaklaşımı", *Harran Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi*, 14/21 (Ocak-Haziran 2009), 29-39.
- Akgündüz, Ahmet. *İslam Hukukunda Kölelik-Cariyelik Müessesesi ve Osmanlıda Harem*, İstanbul: Osmanlı Vakfı Yayınları, 1995.
- Aktan, Hamza. "Hz. Peygamber Döneminde Kölelik Olgusu ve İnsan Özgürlüğüne Kur'ani Yaklaşım", *Atatürk Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi* 16 (2001), 59-79.
- Alsın, Zeki Mesut. 1949 Cenevre Sözleşmeleri, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 7/3 (Mayıs 1950), 37-57.
- Âmir, Abdullatif. Ahkâmü'l-Esra ve's-Sebaye fi'l-Hurubi'l-İslamiyye, Kahire: Daru'l Kutubi'l Masriyye, 1986.
- Apaydın, H. Yunus. "Humus" Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi 18/365-369, İstanbul: TDV Yayınları, 1995.
- Armağan, Mustafa. "Asr-ı Saadet'te Ordu ve Savaş Stratejisi" (Bütün Yönleriyle Asr-ı Saadette İslam, Ed. Vecdi Akyüz) İstanbul: Ensar Neşriyat, 2007.
- Aslan, M. Yasin. Savaş Hukukunun Temel Prensipleri, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 79 (Kasım-Aralık, 2008), 235-274.
- Atar, Fahrettin. "Mükatebe", *Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi*, 31/530-532, Ankara: TDV Yayınları, 2020.
- Aydın, Mehmet Akif ve Muhammed Hamidullah, "Köle-1", *Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi* 26/237-246, Ankara: TDV Yayınları, 2002.
- Bakkal, Ali. *Hz. Peygamber'in Kölelere Verdiği Değer ve İslam'ın Köleliğe Bakışı*, Hz. Peygamber ve İnsan Sevgisi Sempozyumu ed. Musa Kazım Yılmaz, Şanlıurfa, by., 2007.
- Belâzurî, Ahmed b. Yahya b. Cabir, *Futûh'ül Buldân*, thk. Abdullah Enis Tabbâ' Ömer Enis Tabbâ', Beyrut: Müsetü'l Maârif, 1987.
- Beyhakî, Ebû Bekir Ahmed b. el-Hüseyn. *es-Sünenü'l-Kübrâ*, thk. Muhammed Abdulkadir Atâ, Beyrut: Dâru'l-Kutubi'l-İlmiyye, 2003
- Bilmen, Ömer Nasuhi. *Hukuki İslamiyye ve İstılahatı Fikhiyye Kamusu*, İstanbul: Bilmen Yayınevi, 1968.
- Birsin, Mehmet. "İslam Devletler Hukukunda Savaş Esirlerine Uygulanan Yaptırımların Analizi", *Hitit Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi* 11/21 (Ocak 2012), 163-194.
- Bozkurt, Gülnihal "Eski Hukuk Sistemlerinde Kölelik", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 38/1 (1981), 65-103.
- Buhârî, Ebû Abdillâh Muhammed b. İsmâîl, el-Câmiu's-Sahîh, nşr. Muhammed Zühayr b. Nâsır en-Nâsır, Kahire: Dâru Tavki'n-Necât, 2001.
- Çelik, Ekin Ulaş ve Hüseyin Üreten. "Eski Batı'da (Hellas) Kölelik", *Anasay Dergisi*, 4/12 (2020), 1-17.
- Doğan, Orhan ve Aysel Erdoğan. "19. Yüzyılda Türkistan (Orta Asya) Türk Topluluklarında Kölelik ve Köle Ticareti", *Gaziantep Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi* 15/3 (2016), 971-986.
- Ebû Ubeyd Kasım b. Sellâm, *Kitabü'l-Emvâl*, thk. Muhammed Amâra, Kahire: Daru's-Selam, 2009.

- Ebû Yusuf Ya'kub b. İbrahim b. Sa'd, *Kitabü'l Harâc*, thk. Muhammed İbrahim el-Bennâ, Kahire: Daru's-Selâm, 2017.
- Engin, Nihat. *Osmanlı Devleti'nde Kölelik*, İstanbul: İFAV Yayınları, 1998. Fendoğlu, Hasan Tahsin. *İslam ve Osmanlı Hukukunda Kölelik ve Cariyelik*, İstanbul; Beyan Yayınları, 1996.
- Erdoğan, Mehmet. *Fıkıh ve Hukuk Terimleri Sözlüğü*, İstanbul: Ensar Yayınları, 2013.
- Erkal, Mehmet. "Ganimet" *Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi* 13/351-354, İstanbul: TDV Yayınları, 1996.
- Erşan, Mesut. *Çanakkale Muharebelerinde Savaş Hukuk İhlalleri*, Atatürk Araştırma Merkezi Dergisi, 27/73 (Mart 2009), 165-179.
- Fayda, Mustafa. "Fey" *Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi* 12/ 511-513, İstanbul: TDV Yayınları, 1995.
- Fayda, Mustafa. *Hız. Ömer Döneminde Gayr-ı Müslimler*, İstanbul: Marmara Üniversitesi Yayınları no:463, 1989.
- Fendoğlu, Hasan Tahsin. *Osmanlı Hukukunda Kölelik ve Cariyelik*, İstanbul: Beyan Yayınları, 1996.
- Ferâhîdî, Halil b. Ahmed. *Kitabü'l Ayn Müretteben ala Hurufî'l Mu'cem*, thk. Abdulhamid Hindâvî, Beyrut: Daru'l-Kutubi'l-İlmiyye, 2002.
- Ebû Ya'lâ Muhammed b. Hüseyin b. Muhammed el-Ferrâ', el-Ahkâmü's-Sultâniyye, thk. Muhammed Hâmid el-Fâkî, Beyrut: Daru'l-Kütübi'l-İlmiyye, 2000.
- Hadrâmî, Abdurrahman b. Muhammed b. Haldun. *Kitâbü'l-İber ve divânü'l-mübtede' ve'l-ḥaber fi eyyâmî'l-'Arab ve'l-'Acem ve'l-Berber ve men âşerahüm min zevi's-sultâni'l-ekber (Mukaddime)* trc. Halil Kendir İstanbul: Marmara Belediyeler Birliği Kültür Yayınları, ts.
- Hajizada, Mukhtar. *Uluslararası İnsancıl Hukukta Sivillerin Korunması*, İstanbul: İstanbul Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, 2008.
- Hamidullah, Muhammed. *Hız. Peygamberin Savaşları ve Meydan Savaşları, İslam Harp Tarihine dair Bir Tetkik*, Trc. Salih Tuğ, İstanbul: Yağmur Yayınları, 3. Baskı, 1981.
- Hamidullah, Muhammed. *İslam'da Devlet İdaresi*, trc. Hamdi Aktaş, İstanbul: Beyan Yayınları, 2016.
- Han, Sir Seyyid Ahmed. *İbtâl-ı Gulamî el-Müsemma bi Terbiyeti'l-İslam an Şeyni'l-Emeti ve'l Gulam*, Hindistan: Matbatı Müfid Âm, 1893.
- Hatalmış, Ali. *Erken Dönem İslam Tarihinde Kölelik ve Cariyelik-Hız. Peygamber Döneminden Emevilerin Sonuna Kadar*- Ankara: Ankara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Doktora Tezi, 2012.
- Haydar, Ali Efendi. *Dürerü'l-Hükkâm Şerhu Mecelleti'l-Ahkâm*, İstanbul: Diyanet İşleri Başkanlığı Yayınları No:1774. 2020
- Hemim, Abdullatif, *Alakatü'd-Devliyye fi's- Şeria ve'l Kanun fi's-Silm ve'l Harb Dirase Mukarene*, Amman: Dar Ammar, 2006.
- Heykel, Muhammed Hayr. *el-Cihad ve'l-Kital fi's-Siyaseti's-Şeriyeye*, Beyrut: Daru'l Beyarık, 1996.
- İbn Hişam, Ebû Muhammed Cemâlüddîn Abdülmelik, *es-Süretü'n-Nebeviyye*, Kahire: Daru'l Fecr, 2010.
- İbn Kudâme, Ebû Muhammed Muvaffakuddîn Abdullâh b. Ahmed b. Muhammed, *Muğni*, thk. Abdullah b. Abdulmuhsin - Andulfettah Muhammed el-Hulv, Riyad: Daru Alemi'l Kütüb, 1997
- İbn Manzûr, Ebü'l-Fazl Cemâlüddîn Muhammed b. Mükerrrem b. Ali b. Ahmed. *Lisânü'l-'Arab* Beyrut: Daru's Sadr, ts.
- İbn Rüşd el-Hafid, *Bidayetü'l Müctehid ve Nihayetü'l-Muktesid*, Beyrut: Daru'l Ma'rife,1982.

- İbn Sâd, Ebû Abdillâh Muhammed, *Kitabu't-Tabakât el-Kebir*, thk. Ali Muhammed Omer, Kahire: Mektebetü'l Hancî, 2001.
- İbnü'l Arabî, Ebû Bekr Muhammed b. Abdillâh b. Muhammed. *Ahkâmü'l-Kur'an*, thk. Muhammed Abdulkadir Atâ, Beyrut: Daru'l-Kutubi'l İlmiyye, 2003.
- İsfahânî, Ebü'l-Kâsım Hüseyin b. Muhammed b. el-Mufaddal er-Râgıb. *Müfredât elfâzi'l Kur'an*, thk. Necip el-Mâcidî Beyrut: Mektebetü'l Asriyye, 2009.
- Kal'acı, Muhammed Revvâs. *Fıkıh Lugatı*, İstanbul: Ocak Yayıncılık, 2012.
- Kallek Cengiz, *Sosyal Servet İslâm'da Yönetim-Piyasa İlişkisi*, İstanbul: Klasik yayınları, 2015.
- "Ukiyye" Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi, İstanbul; TDV Yayınları, 2012.
- Karadâvî, Yusuf. *Fıku'l Cihad*, Kahire: Mektebetü'l Vehbe, 2009.
- Kâsânî, Alâüddîn Ebû Bekr b. Mes'ûd b. Ahmed, *Bedâ'î'u's-sanâ'î' fi tertîbi's-şerâ'î'*, thk. Ali Muhammed Muavvad-Adil Ahmed Abdulmevcud, Beyrut: Daru'l Kutubi'l İlmiyye, 1997.
- Kal'acı, Muhammed Revvâs, *Fıkıh Lugatı*, İstanbul: Ocak Yayıncılık, 2012.
- Koçak, Mehmet. *Srebrenica Soykırımı*, İstanbul: Batu Yayıncılık, 2010.
- Kurtubî, Ebû Abdillâh Muhammed b. Ahmed b. Ebi Bekr b. Ferh, *Câmi' li Ahkâmi'l- Kur'an*, thk. Abdullah Abdulmuhsin et-Turkî, Beyrut: Müessesü'r-Risâle, 2006.
- Kuş, Canan. "Tevrat, İncil ve Kur'an-ı Kerim'deki Kölelik Kavramı Üzerine Bazı Düşünceler", *Fırat Üniversitesi Orta Doğu Araştırmaları Dergisi* 8/1 (2012), 1-33.
- Lavis, Ernest ve Alfred Rambo, *Tarih-i Umumi*, trc. Ali Reşad, İstanbul: Yy. ts. Özer, Sevda. "19. Yüzyılda Mısır'da Kölelik ve Köle Ticareti", *Fırat Üniversitesi Orta Doğu Araştırmaları Dergisi* 5/1 (2007), 65-84.
- Mâverdi, Ebi'l Hasan Ali b. Muhammed b. Habib. *Ahkamu's-Sultaniyye ve'l Vileyetü'd-Diniyye*, Kahire: Şirketü'l Kuds li'n Neşr ve't-Tevzi', 2014.
- Meray, Seha L. *Devletler Hukukuna Giriş*, Ankara: Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınevi, 1965.
- Meray, Seha L. *Uluslararası Hukuk ve Örgütler*, Ankara: Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi, 1979.
- Mevsilî, Abdullah b. Mahmud b. Mevdûd. *el-İhtiyâr li-Ta'lîli'l-Muhtâr*, thk. Muhammed Adnan Derviş, Beyrut: Daru'l Erkâm, 1997.
- Mustafa, Münim. *Cepheden Cepheye*, İstanbul: Arma Yayınları, 2012.
- Nesefî, Ebü'l-Berekât Hâfızüddîn Abdullah b. Ahmed b. Mahmûd. *Tefsiru'n-Nesefî Medârikü't-tenzil ve hakâ'iku't-te'vil*, thk Zekeriya Umeyrât, Beyrut: Daru'l Kutubi'l İlmiyye, 2008.
- Önkâl, Ahmet. "Mustalik -Benî Mustalik-" *Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi* 31/360-361, Ankara:TDV Yayınları, 2020.
- Özel, Ahmet. "Klasik İslam Devletler Hukukunda Ülke Kavramı ve Günümüzdeki Durum: İbn Teymiyye'nin Mardin Fetvası ile Diğer Benzeri Fetvalar, *Marmara Üniversite İlahiyat Fakültesi Dergisi* 43/2 (2012), 41-64
- Özel, Ahmet. *İslam Devletler Hukukunda Savaş Esirleri*, Ankara: Türkiye Diyanet Vakfı Yayınları, 1. Baskı, 1996.
- Özel, Ahmet. "Esir" *Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi* 11/ 382-389 İstanbul: TDV Yayınları, 1995.
- Pazarıcı, Hüseyin. *Uluslararası Hukuk Dersleri IV*, Ankara: Turhan Kitapevi, 2000.
- Rızâ, Reşit ve Muhammed Abduh, *Tefsiru'l- Menâr*, Kahire: Daru'l-Menâr, 1947.
- Sarıçam, İbrahim. *Hz. Muhammed ve Evrensel Mesajı* Ankara: DİB Yayınları, 2014.

- Serahsî, Muhammed b. Ebî Sehl. *Şerhu Sıyerü'l Kebîr*, thk. Muhammed Ebu Zehra -Mustafa Zeyd, Kahire: Kahire Üniversitesi Matbaası, 1958.
- Şafî Muhammed b. İdris, *Ümm*, thk. Rıf'at Fevzi, Mansura: Daru'l Vefâ, 2001.
- Şeybânî, Ebü'l-Hasen İzzüddîn Ali b. Muhammed b. Muhammed el-Cezerî, *el-Kâmil fi'r-târîh*, thk. Ebu'l Fidâ Abdullah, Beyrut: Daru'l Kutubi'l-İlmiyye, 1987.
- Şîrâzî, Ebü İshâk Cemâlüddîn İbrâhîm b. Ali b. Yûsuf, *el-Mühezzeb fi fıkhi'l-İmâm eş-Şâfi'î*, Riyad: Daru'l-Kalem, 1996.
- Taberî, Ebü Ca'fer Muhammed b. Cerir b. Yezid el-Âmülî, *Câmi' u'l-bevân 'an te'vîli âyi'l-Kur'an*, thk. Abdullah b. Abdulmuhsin Turkı, Kahire: Merkezü'l Buhus ve Dirasetü'l-Arabiyye ve'l-İslamiyye, 2001.
- Taberî, Muhammed b. Cerir. *Tarihü'r-Rusul ve'l Mülük*, thk. Muhammed Ebu'l Fadl İbrahim, Mısır: Daru'l Maârif, ts.
- Taş, Aydın. "Şeybânî, Muhammed b. Hasan" *Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi*, 39/38-42, İstanbul: TDV Yayınları, 2010.
- Ulvân, Abdullah Nâsîh. *Nizâmu'r-Rikki fi'l İslâm*, Cidde: Daru's-Selam, ts.
- Vâkıdî, Ebü Abdillâh Muhammed b. Ömer b. Vâkıd, *Kitabu'l Meğazî*, thk. Mersden Jones, Beyrut: Alemü'l Kütüb, 1984.
- Yağcı, Zübeyde Güneş. "İstanbul Esir Pazarı" - Osmanlı Devleti'nde Kölelik: Ticaret, Esaret, Yaşam- Ed. Zübeyde Güneş Yağcı, Fırat Yaşa, İstanbul: Tezkere Yayıncılık, 2017.
- Yaman, Ahmet. *İslam Devletler Hukukunda Savaş*, İstanbul: Beyan Yayınları, 1998.
- Yaman, Ahmet. *İslam Kamu Hukuku* Ankara: Bilay Yayınları, 2020.
- Yaman. Ahmet. "Savaş" *Diyanet İşleri Başkanlığı İslam Ansiklopedisi*, 36/ 189-194 İstanbul: TDV Yayınları, 2009.
- Yamaner, Melike Batur, Emre Öktem, Bleda Kurtarcan ve Mehmet Uzun, *12 Ağustos 1949 Tarihli Cenevre Sözleşmeleri ve Ek Protokolleri*, İstanbul: Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları -42, ts.
- Yılmazcan, Defne. "Antik Yunan'da Kölelik: Atina ve Sparta Örneği", *Karatekin Edebiyat Fakültesi Dergisi* 5/2 (2017), 117-136.
- Zuhaylî, Vehbe. Mustafa. *Eseru'l Harbi fi Fıkhi'l İslamî*, Dımeşk: Daru'l Fikr, 1962.
- Zuhaylî, Vehbe. *Asâru'l- Harbi fi'l Fıkhi'l İslamî Dirâse Mukarene*, Dımeşk: Daru'l Fikr, 1998.



İntihal | Plagiarism: Bu makale, en az iki hakem tarafından incelendi ve intihal içermediği teyit edildi.  
| This article has been reviewed by at least two referees and scanned via a plagiarism software.

## KİTAP ÜSTÜNE KİTAP KOYMAK: İSLAM HUKUKU ZEYİL EDEBİYATINA DAİR BİR TASNİF DENEMESİ

WRITING A BOOK ON ANOTHER BOOK: AN ATTEMPT OF CLASSIFYING  
SUPPLEMENTARY (ZAYL) LITERATURE ON ISLAMIC JURISPRUDENCE

Dr. Ali Hakan Çavuşoğlu\*

### ÖZ

Her biri kendine özgü bir geleneğe dayanan İslâm ilimlerinin farklı alanlarında bir metni/kitabı esas alarak yeni bir metin/kitap üretmek amacıyla farklı telif türleri/formları gelişmiştir. İhtisar/muhtasar, şerh, hâşiye, ta'likât, telhîs, tehzîb vb. adlarla anılan ve her birinde asıl metin üzerinde farklı bir "işleme" faaliyetinin gerçekleştiği bu yazım türleri arasında zeyil türü eserler önemli bir yer tutmaktadır. Başta tarih ve biyografi (tabakât/terâcim) edebiyatı olmak üzere tefsir, hadis, kelâm gibi temel İslâm ilimlerinin tüm alanlarında pek çok örneğine rastlayabileceğimiz zeyil türü eserler, teşekkül döneminden Osmanlı'ya kadar İslâm hukuku (fıkıh) alanında da zengin bir literatür oluşturmuştur. Fıkıh alanında yazılanlar sebab-i telifleri açısından incelendiğinde tamamlanmış bir kitaba eklemeler yaparak yeni bir kitap oluşturmak, bir kitap üzerine aynı konudaki benzer kitaplarla karşılaştırmalı bir inceleme yapmak ya da eksik bir kitabı tamamlamak şeklinde üç ana kategoriye ayırabileceğimiz bu tür eserlerin başlığında "zeyil"den ziyade "ziyâdât", "zevâid", "tekmile" ve "tetimme" kelimelerinin kullanıldığı görülür. Farklı niteliklere sahip fıkıh eserleri için kullanılan bu adlandırmalar belirli ölçüde bir yazım türüne/formuna işaret ediyor olsa da zaman zaman birbirini yerine de kullanıldıkları için tanımlayıcı olmaktan çok karışıklığa neden olmaktadır. Bu makalede, fıkıh kitapları üzerine farklı amaçlarla yazılmış zeyil türü eserlerin belli başlı örnekleri asıl metinle ilişkileri, yazılış amaçları ve muhtevaları açısından incelenecek ve bir tasnif önerisi yapılacaktır.

**Anahtar Kelimeler:** Zeyil, Ziyâdât, Zevâid, Tekmile, Tetimme.

\* Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Araştırmaları Merkezi.  
0000-0002-9413-3546 ah.cavusoglu@isam.org.tr



Bu eser Creative Commons Alıntı-Gayri Ticari-Türetilemez 4.0 Uluslararası Lisansı ile lisanslanmıştır.  
This work is licensed under a Creative Commons Attribution-NonCommercial-NoDerivatives 4.0 International License.

## ABSTRACT

Each Islamic scholarly discipline goes back to its own academic tradition and has developed its own literary genre of writing a text/book on a previously written authoritative text/book. This is the historical case in multiple fields of Islamic sciences and such genre of supplementary writings is termed with various words that include “abridgment/shortening (*ikhtisār/mukhtaṣar*)”, “commentary (*sharḥ*)”, “marginal commentary (*ḥāshiyā*)”, “scholia/reportatio (*ta’līqāt*)”, “condensation (*talkhīṣ*)”, and “emendation (*tahdhīb*)”. Each of these terms refers to its own peculiar type of reworking on the original texts/books, and among these terms the genre of “writing supplement (*zayl*)” has its own scholarly significance and characteristics. We can see the examples of *zayl* genre in almost all fields of basic Islamic scholarship, starting especially from history (*tārīkh*) and biography (*ṭabaqāt/tarājīm*) to Qur’anic exegesis (*tafsīr*), ḥadīth, and Islamic theology (*kalām*). The *zayl* genre of writing was also an essential and colorful component of Islamic jurisprudential literature (*fiqh*) extending from its formative period to the Ottoman times. When we analyze the *zayl* works in the field of fiqh we see three categories in which such works were written; producing a new work by way of making certain additions to the original, conducting a comparative review of a book with other similar works on the same subjectmatter, and complementing a previously written work. For such reworkings we see scholars using some other terms like *ziyādāt*, *zawā’id*, *takmila*, and *tatimma*, instead of *zayl*. Even though each of these terms, to a certain extent, refers to a different genre or form of writing in the field of fiqh, they are also, and frequently so, used interchangeably as synonymous terms. This situation causes certain scholarly difficulties and ambiguities. In this article, I will examine multiple examples of *zayl* genre of works, written on fiqh works for diverse objectives, by way of relating them to the original works, analyzing their contents in this regard, and consequently offering a new type of classification with respect to such works.

**Keywords:** Zayl, Ziyādāt, Zawā’id, Takmila, Tatimma.

## GİRİŞ: YAZARKEN GELENEĞE YASLANMAK

İslam ilimleri önce Hz. Peygamber'in tedrisinden geçip farklı coğrafyalara dağılan sahâbenin sonraki nesillere aktardığı şehirlere özgü gelenekler, ardından her bir şehirde bir âlimin etrafında oluşan ders halkaları ve meclislerine özgü daha özel ilim gelenekleri etrafında şekillenmiş ve bu geleneklerle bağını bir şekilde sürdürerek ama aynı zamanda bu gelenekleri geliştirerek varlığını devam ettirmiştir. İlim/bilgi bir yandan sözlü/şifahi aktarım yoluyla diğer yandan doğrudan müellifinden ya da öğrencilerinden okunan bir metnin meşrû bir şekilde aktarımı yoluyla sonraki kuşaklara taşınmıştır.<sup>1</sup>

Esasında bilginin metin ve kitap üzerinden naklinde de şifahi ve yüz yüze bir aktarım her zaman devrede olmuş, bu şekildeki bir hoca-talebe ilişkisi aktarılan bilginin güvenilirliğinin de garantisi olarak görülmüştür.<sup>2</sup> İsnadlı nakil geleneği özellikle hadis rivayetlerinin aktarımı söz konusu olduğunda çok önemliydi. Bu sayede rivayet edilen bir söz ya da uygulama birbiriyle doğrudan ilişki halindeki râviler zinciri (genellikle hoca-talebe ilişkisi) vasıtasıyla sözün ya da fiilin ilk sahibine yani Hz. Peygamber'e ya da bir sahâbîye güvenilir bir şekilde nispet edilmiş oluyordu.<sup>3</sup> Aynı hassasiyet ve isnadlı nakil geleneği İslam ilimlerinin tüm alanlarına dolayısıyla metin/kitap merkezli bilgi aktarımına da hâkim olmuş ve her müellif "bilgiyi kendinden sonrakine aktaran bir râvi" işlevi görmüştür.<sup>4</sup>

Bir kitabın aynı zamanda rivayet ve karşılıklı okumaya dayalı telif süreci, aslında bizzat asıl metnin oluşturulması aşamasında da müellifi açısından nihai şeklini alıncaya kadar kitaba ilavelerin yapılması, diğer bir ifadeyle kitabın farklı taslak versiyonlarının üretilmesi esasına dayanıyordu.<sup>5</sup> Müellifin vefatından sonra onun kitabının sonraki kuşaklara aktarılması ise hayattayken o kitabı kendisinden okuyup/dinleyip sağlam bir nüsha oluşturan ve bu nüshayı başkalarına aktarma konusunda yetki (icâzet) verdiği öğrencileri tarafından gerçekleştiriliyordu. Bu süreçte müellife dayanan en güvenilir ve değerli nüshanın hangi öğrencisinde bulunduğu meselesi ortaya çıksa da kitabın yeni ve güvenilir nüshaları tıpkı müellif ile öğrencisinin/öğrencilerinin karşılıklı okumaya dayalı ortak telif çalışmasına benzer bir yöntemle üretilmiş oluyordu.<sup>6</sup> İlk yazım tecrübesini muhtemelen hocasından okuduğu kitabı aslına en uygun şekilde adeta ofset baskı gibi birebir kopya ederek ve böylece kendi nüshasını oluşturarak edinen bir öğrenci özellikle fıkıh eğitimi alıyorsa ve eğitiminin ihtisas (*suhbe/ashâb*) aşamasına geçmişse

<sup>1</sup> Şifahi aktarımın önemi, yazının ve kitabın ortaya çıkışı, imlâ (rivayete dayalı kitap üretimi) ve telif süreci hakkında bk. Johannes Pedersen, *İslam Dünyasında Kitabın Tarihi*, çev., Mustafa Macit Karagözoğlu, İstanbul: Klasik, 2012, s. 38-43; George Makdisi, *Ortaçağ'da Yükseköğretim: İslâm Dünyası ve Hıristiyan Batı*, çev. Ali Hakan Çavuşoğlu ve Tuncay Başoğlu, İstanbul: Klasik, 2. Baskı, 2018, s. 127, 216-222; a.mlf., *İslam'ın Klasik Çağında ve Hıristiyan Batı'da Beşeri Bilimler*, çev. Hasan Tuncay Başoğlu, İstanbul: Klasik, 3. bs., 2019, s. 114-118; Adam Gacek, *Arapça Elyazmaları İçin Rehber*, çev., Ali Benli ve M. Cüneyt Kaya, İstanbul: Klasik, 2017, s. 134-136.

<sup>2</sup> Pedersen, *İslam Dünyasında Kitabın Tarihi*, s. 36; Makdisi, *Beşeri Bilimler*, s. 115-118.

<sup>3</sup> TDV *İslâm Ansiklopedisi*, Raşit Küçük, "İsnad" maddesi.

<sup>4</sup> Pedersen, *İslam Dünyasında Kitabın Tarihi*, s. 37-38. Pedersen müslümanların bizzat yazarından dinlenmemiş ve başkalarına aktarmak için izin alınmamış metne/kitaba şüpheyle baktığını iddia eder (*a.g.e.*, s. 43).

<sup>5</sup> Bu sürecin kitap telifini ne kadar zahmetli bir hale getirdiği hususunda bk. Pedersen, *İslam Dünyasında Kitabın Tarihi*, s. 38-43.

<sup>6</sup> Pedersen, *İslam Dünyasında Kitabın Tarihi*, s. 43-46.

hem yazım tecrübesini geliştirmek hem de ihtisasını tamamlamak üzere hocasının gözetiminde bir ta'lika yazıyor ve böylece hocasının da onayladığı yeni bir eser ortaya çıkıyordu.<sup>7</sup>

İslam ilim geleneğinde doğru ve muteber bilginin tespitinde metin/kitap merkezî bir rol üstlenmeye başlayınca diğerleri arasında öne çıkan, tercih edilen, otorite haline gelen metinlerin/kitapların rivayeti sadece “birebir aktarım” ile sınırlı kalmamış aynı zamanda o metni/kitabı aktaran kişiler (kimi zaman müellifin kendisi) tarafından metin üzerinde farklı türlerde “işleme” çalışmaları yapılmış ve sonuçta farklı adlarla anılan yeni telif türleri/formları ortaya çıkmıştır. Bu işleme çalışmalarının genel olarak birbiriyle bağlantılı üç amaca hizmet ettiği söylenebilir: metni açıklayarak sonraki kuşaklara aktarmak, metni geliştirmek ve/veya metni sorgulamak. Bu amaçlardan birini ya da hepsini gözeterek üretilen metin merkezli telif formlarını ifade etmek üzere “ihtisar/muhtasar”, “tehzîb”, “telhîs”, “şerh”, “hâşiye”, “ta'lika/t”, “istidrâk/müstedrek”, “taakkub/ât”, “tenbîh/ât”, “reddiye”, “nüket”, “cem”, “tavassut”, “fevâid”, “sıla”, “fâit/fevât”, “tâlî”, “vâfi”, “tevşîh”, “ziyâdât”, “zevâid”, “ikmâl/tekmîl/tekmile”, “temâm/itmâm/tetimme” ve “zeyil” gibi farklı adlar kullanılmıştır.<sup>8</sup>

Diğer ilim dallarında olduğu gibi fıkıh alanında yazılan eserler söz konusu olduğunda da bu terimler klasik kaynaklarda bir asıl/kaynak metin üzerinde yürütülen işleme faaliyetinin niteliğini ifade etmek üzere kimi zaman birbirinden farklı, bazen de eş anlamlı ya da birbirini tamamlayıcı olarak kullanıldıkları gibi doğrudan ilgili eserin adında da yer alabilmektedir. Bu yazım türlerinin hepsini niteliklerine göre tasnif etmek, aralarındaki benzerlik, farklılık ve ilişkileri ortaya koymak kuşkusuz daha kapsamlı bir çalışmayı gerektirmektedir.<sup>9</sup> Biz bu makale kapsamında bu türlerden fıkıh alanında ve “zeyil” başlığı altında ele alınabilecek olanları yani en genel tasnifiyle bir kitaba ekleme yapma ya da eksik kalmış bir kitabı tamamlama amacı ve niteliği taşıyanları değerlendirmeyi, incelediğimiz örnek kitaplar bağlamında bu türler arasındaki benzerlik ve farklılıklara işaret etmeyi ve bir tasnif önerisi sunmayı hedefliyoruz.

<sup>7</sup> Bir fıkıh müderrisinin, derslerinde okuttuğu bir kitap (genellikle müntesibi olduğu mezhebin kendi dönemindeki en muteber kaynak eserlerinden/metinlerinden birisi) üzerine aldığı notlar ve açıklamalar için kullanılan “ta'lika” terimi, aynı zamanda bu müderrisin ihtisas derslerine devam eden bir öğrencinin hocasının derslerinde tuttuğu ve/veya kitaplarından derlediği notlara kendi yorum ve açıklamalarını de ekleyerek oluşturduğu bir tür derleme kitabı ifade eder. Makdisî'nin bir medrese tarihi klasığı sayılan eserinde “doktora tezi”nin nüvesi olarak değerlendirdiği ta'lika çalışmasını tamamlayan ve hocasının onayını alan öğrenci artık bir “fâkih” olarak medreseden mezun olmayı hak etmiştir. Bk. Makdisî, *Ortaçağ'da Yüksek Öğretim*, s. 179-200 (özellikle bk. 182-183, 198-199). İslam ilim geleneğinde kitap telifi ile medrese/egitim sistemi ve hoca-talebe ilişkisi arasındaki doğrudan irtibat hakkında ayrıca bk. İsmail Kara, *İlim Bilmez Tarih Hatırlamaz: Şerh ve Hâşiye Meselesine Dair Birkaç Not*, İstanbul: Dergâh, 6. Baskı, Şubat 2021, s. 28-52.

<sup>8</sup> Bu adlandırmaların bir kısmı için bk. *The Encyclopaedia of Islam*, 2th edition, Cl. Gilliot, “Sıla (In Literature)” maddesi; *TDV İslâm Ansiklopedisi*, İsmail Durmuş, “Zeyil” maddesi. Söz konusu farklı telif türleri hakkında tanım ve değerlendirmeler için bk. Kara, *İlim Bilmez Tarih Hatırlamaz*, s. 21-28. Bu çalışma kapsamında incelediğimiz eserlerde kullanılan farklı başlık ve adlandırmalara yeri geldikçe işaret edilecektir.

<sup>9</sup> 2./8. yüzyıl ortalarından itibaren üretilmeye başlayan fıkıh kitaplarının yazım türleri açısından “muhtasar metinler”, “şerhler” ve “fetvâ/vâkıât/nevâzil kitapları” şeklinde genel bir tasnifi için bk. Ahmet Yaman, “İslam Hukuk Literatürünün Ortaya Çıkışı, Gelişmesi ve 1980 Sonrası İçin İslam Kamu Hukuku Edebiyatına İlişkin Araçça Bir Bibliyografya Denemesi”, *Diyanet İlmî Dergi*, 31/3 (1995), s. 114; *TDV İslâm Ansiklopedisi*, Ahmet Özel, “Hanefî Mezhebi” maddesi. Fıkıh edebiyatının konu ve muhteva açısından tasnifi ise şüphesiz daha farklı olacaktır.

## I. İSLAM HUKUKU (FIKİH) ZEYİL EDEBİYATI: TANIM VE KAPSAM

İslam ilim tarihinde zeyil literatürü üzerine yapılan çalışmalarda daha ziyade dil ve edebiyat eserleriyle tarih kitapları üzerinden değerlendirmeler yapıldığı, teorik kurgu ve tasnifte de büyük ölçüde bu tür örneklerin esas alındığı görülmektedir.<sup>10</sup> *TDV İslâm Ansiklopedisi*'nin “Zeyil” maddesi içerisinde “Fıkıh” alt başlığıyla yayımlanan kısa araştırmamızı<sup>11</sup> geliştirerek İslam hukuku zeyil edebiyatına dair yeni bir tasnif önerisi ortaya koymaya çalıştığımız bu makalede, gözden geçirdiğimiz yaklaşık yüz eserden kapsam dışı kalanlar ve niteliği hakkında yeterince bilgi edinemediklerimiz haricinde dört Sünnî fıkıh mezhebinden birisine müntesip âlimlerce kaleme alınmış zeyil niteliği taşıyan elli altı tanesi değerlendirilmiştir. Bu zeyillerden yirmi üçü Şâfiî, on dokuzu Hanefî, on tanesi Mâlikî ve dört tanesi Hanbelî âlimler tarafından kendi mezheplerine ait kitaplar üzerine kaleme alınmıştır. Bir fıkıh kitabı üzerine farklı mezhebe müntesip bir âlim tarafından zeyil yazılmasına dair tespit edebildiğimiz tek örnek yeri geldiğinde hakkında detaylı bilgi vereceğimiz, Endülüs'te yaşayan Şâfiî fakih Ubeydullah b. Ömer el-Bağdâdî'nin (ö. 360/971) İbn Ramazân diye bilinen bir Mâlikî fakihinin ziyâdât türü bir eseri üzerine yazdığı zeyildir.

Çalışmamızda fûrû-ı fıkıh ve usûl-i fıkıh alanında yazılmış mensur eserler esas alınmış, bu alanlarda yazılan manzum eserler<sup>12</sup> ve fıkıh mezheplerine dair biyografi/tabakât kitapları üzerine yazılmış zeyiller ile Osmanlı dönemine ait zeyil niteliği taşıyan risâleler, fetvâ mecmuaları ve kanun zeyilleri kapsam ve değerlendirme dışı bırakılmıştır. Ayrıca ait olduğu mezhebin literatürü içinde ya da genel olarak İslam ilim geleneğinde itibar ve şöhret kazanmış bir fıkıh kitabı üzerine yazılan şerh, hâşiye ya da ihtisar gibi farklı yazım türlerine ait eserlerin de aslında dolaylı bir zeyil niteliği taşıyabileceğini ve makalemizin boyutlarını aşan bu hususun müstakil çalışmalara konu edilmesi gerektiğini vurgulamak isteriz.<sup>13</sup> Bu sınırlılıklarına rağmen bu çalışmanın İslam dünyasında kitabın tarihi, özellikle de İslam ilimlerine dair bir metni/kitabı esas

<sup>10</sup> Mesela bk. *The Encyclopaedia of Islam*, 2th edition, “Sila (In Literature)” maddesi (İslam ilimleri tarihinde zeyil türü eserlerin bir bütün olarak değerlendirildiği maddede Sünnî fıkıh kitaplarıyla ilgili bilgi ve yorumlar Hanefî mezhebinin ilk telif örneklerinden Muhammed b. Hasan eş-Şeybânî'nin (ö. 189/805) ziyâdât adlı eserleri ve Şâfiî fakihleri İbnü'l-Münzir en-Nisâbüri (ö. 318/930) ile Ebû Âsım el-Abbâdî'nin (ö. 458/1066) ziyâdâtlarıyla sınırlı ve oldukça zayıftır); *TDV İslâm Ansiklopedisi*, “Zeyil” maddesi. Abdülkadir Özcan da “Osmanlı Edebiyatında Zeyil Gelenegi” başlıklı makalesinde (*Kitaplara Vakfeden Bir Ömre Tuhfe: İsmail Erünsal'a Armağan: Edebiyat ve Tasavvuf, Kütüphanecilik ve Arşivcilik*, 2. cilt, haz., Hatice Aynur, Bilgin Aydın ve Mustafa Birol Ülker, İstanbul: Ülke, 2014, s. 831-849) terâcim ve biyografi kitapları, Osmanlı kronikleri ve bibliyografik eserler (*Keşfü'z-zunûn*) üzerine yazılan zeyilleri ele almış, genel anlamda İslam ilimlerine dair eserler ve fıkıh zeyil edebiyatına dair bir değerlendirmede bulunmamıştır. Genel anlamda İslam ilim tarihinde telif usulleri ve kitabın tarihi ile ilgili çalışmalarda da daha ziyade dil ve edebiyat eserleriyle tarih kitaplarının dikkate alındığı söylenebilir (mesela bk. Pedersen, *İslam Dünyasında Kitabın Tarihi*, s. 35-47; *The Encyclopaedia of Islam*, 1th edition, F. Krenkow, “Kitâb” maddesi; *TDV İslâm Ansiklopedisi*, Orhan Bilgin, “Yazma” maddesi; krş. *TDV İslâm Ansiklopedisi*, İsmail E. Erünsal, “Verrâk” maddesi).

<sup>11</sup> *TDV İslâm Ansiklopedisi*, Ali Hakan Çavuşoğlu, “Zeyil (Fıkıh)” maddesi.

<sup>12</sup> Doğrudan mensûr bir eser üzerine zeyil olarak yazıldığını tespit ettiğimiz manzum bir esere bu farklı niteliğini vurgulamak amacıyla ilgili başlık altında temas edilmiştir.

<sup>13</sup> Zeyil niteliği taşıyıp taşımadıkları konusunda daha kapsamlı bir incelemeye ihtiyaç duyulduğu için yaptığımız tasnifte şerh, hâşiye, ihtisar vb. farklı yazım formlarına ait eserlere müstakil bir başlık altında yer vermedik. Bu yüzden mesela Hanefî mezhebinin temel kaynaklarından Burhâneddin el-Merğînânî'nin (ö. 593/1197) *el-Hidâyê'si* üzerine yazılan şerh ya da ihtisar türü bazı eserlere asıl metinde yer almayan “Kitâbü'l-Ferâiz” bölümünün eklenmesine dair örnekleri de makalemizin kapsamı dışında tutmuş olduk.

olarak üretilen farklı telif türleri hakkında oldukça yetersiz durumdaki Türkçe literatüre mütevazı bir katkı sağlayacağını ümit ediyoruz.<sup>14</sup>

Fıkıh alanında yazılmış bir kitabın içeriğine müellifin yer vermediği veya daha sonra ortaya çıkan bilgileri eklemek, bir kitabı konusuyla ilgili benzer eserlerle mukayese ederek değerlendirmek ya da müellifi tarafından eksik/yarım bırakılmış bir kitabı tamamlamak gibi farklı amaçlarla ve farklı üsluplarla yazılan eserler genellikle “ziyâde/ziyâdât”, “zevâid”, “tekmile” veya “tetimme” adlarıyla anılmıştır. Bu adlandırma ya bizzat eserin müellifi tarafından yapılmış ya da müellifleri tarafından özgün bir başlık konulan bazı kitaplar daha sonraki kaynaklarda bu kelimelerden biri veya birkaçı kullanılarak nitelendirilmiştir. En azından bu çalışma kapsamında incelediğimiz eserler bağlamında durum böyledir. Diğer taraftan fıkıh kitapları üzerine yazılmış bu tür eserlerin adlandırılmasında “zeyil” ve “tezyîl” kelimelerinin fazla tercih edilmediği de anlaşılmaktadır. Özellikle tarih ve biyografi/tabakât eserlerinin başlıklarında yaygın olarak kullanılan zeyil ve tezyîl kelimelerinin fıkıh alanında büyük ölçüde Osmanlı dönemine ait küçük risâleler, fetva mecmuaları ve kanun zeyilleri bağlamında kullanıldığı söylenebilir.<sup>15</sup> Bununla birlikte biz bu çalışmada ilgili literatürü bir bütün olarak ifade etmek amacıyla İslam ilim geleneğindeki ve Osmanlı muhitindeki yaygın kullanımını da dikkate alarak, ilgili diğer terimler arasında günümüz Türkçesi’nde en fazla aşına olduğumuz “zeyil” kelimesini kullanacağız.

Ziyâdât, zevâid, tekmile ve tetimme terimleri zaman zaman birbirinin yerine kullanılmakla birlikte “ziyâdât” türü zeyillerde bir fıkıh kitabına yeni meseleler veya aynı meseleler hakkında farklı ve/veya yeni görüşler ilâve etme özelliği ağır basarken, “zevâid” türünde kitabı başka eserlerle mukayese ederek farklılık ve fazlalıkları gösterme amacı ön plandadır. “Tekmile” ve “tetimme” ise genellikle yarım kalmış bir fıkıh kitabının eksik bölümlerini tamamlamak amacıyla yazılan eserler için kullanılmıştır. Diğer taraftan fıkıh alanındaki zeyil türü eserlerin ilk örnekleri tamamlanmış bir kitap üzerine yapılan çalışmalardan oluşmakta ve 2-5./8-11. yüzyıllar arasında telif edilmiş olan bu eserler büyük ölçüde “ziyâdât” adıyla anılmaktadır.<sup>16</sup>

<sup>14</sup> Şerh ve hâşiye literatürü başta olmak üzere İslam ilim geleneğinin devamlılığını sağlayan telhîs, ta’lîka/t, zeyil vb. bir asıl/kaynak metni esas olarak üretilen farklı telif türlerine yönelik çalışmaların, İslam klasikleri ile irtibat kurabilmemiz noktasında hayati bir öneme sahip olmalarına rağmen Türkiye’de büyük ölçüde ihmal edildiği hususunda dikkat çekici ve uyarıcı değerlendirmeler için bk. Kara, *İlim Bilmez Tarih Hatırlamaz*, s. 5-16.

<sup>15</sup> Türkiye’deki yazma eser kütüphanelerinin kataloglarında bir tarama yapıldığında “zeyil” başlığını taşıyan eserlerden fıkıh ilmiyle ilgili olanların önemli bir kısmının kanun ve hukuk metinleriyle ilgili zeyiller (*Zeyl-i Düstür*, *Zeyl-i Sak ve Şerh-i Usûl-i Muhâkeme-i Hukûkiyye*, *Zeyl-i Tatbikât-ı Cezâiyye*, *Ticâret Kânunnâme-i Hümayûnuna Zeyl* vb.) veya çeşitli fikhî mesele ve konular hakkında yazılmış risaleler üzerine yazılmış zeyiller (mesela İbn Âbidîn ve Ali el-Kârî’nin bazı risaleleri) ya da fetva mecmualarına yapılan zeyiller (*Fetâvây-ı Feyzullah Efendi Zeyli*, *Zeyl-i Fetâvâ-yı Ali Efendi* vb.) olduğu görülür. Özellikle Osmanlı şeyhülislamlarına ait fetvâ mecmualarına daha ziyade bu fetvaları derleyen fetvâ emînleri tarafından eklenen ve fetvânın ilmi dayanağına işaret eden Arapça kayıtlar (nukûl) bir zeyil niteliği taşımaktadır. Bk. Emine Arslan, “Osmanlı Dönemi Nukûllü Fetvâ Mecmuaları”, *Türk Hukuk Tarihi Araştırmaları*, 5 (Bahar 2008), s. 131-153 (özellikle bk. s. 138-139); Ahmet Özel, *Hanefî Fıkıh Alimleri ve Diğer Mezheplerin Meşhurları*, Ankara: Türkiye Diyanet Vakfı, 6. baskı, 2018, s. 325-326, 330, 361-362.

<sup>16</sup> Fıkıh edebiyatında bu tür zeyillerin ilk örneklerini doğrudan müellifi tarafından kendi kitabı üzerine yazılan ziyâdâtlar oluşturur. Tamamlanmış bir kitabın içeriğine müellifin yer vermediği veya daha sonra ortaya çıkan bilgileri eklemek suretiyle oluşturulan ziyâdâtlar ise 3./9. yüzyıldan itibaren ortaya çıkmıştır (aşağıda ilgili başlık altında örnekler verilecektir). Bu açıdan bakıldığında fıkıh alanındaki ziyâdâtların hadis alanında hemen hemen

Tamamlanmış bir kitabı ilgili diğer eserlerle mukayeseli olarak inceleme esasına dayanan ve 4-10./10-16. yüzyıllar arasında yazılan zeyiller ise daha ziyade “zevâid” olarak adlandırılır. Dolayısıyla zevâid türü eserler daha ziyade hadis edebiyatındaki örnekleriyle meşhur olmakla birlikte fıkıh edebiyatında zevâidlerin daha önce yazıldığı anlaşılmaktadır.<sup>17</sup> Eksik/yarım kalan bir fıkıh kitabını tamamlamak amacıyla yazılan ve genellikle “tekmile”, bazen de “tetimme” adıyla anılan zeyiller ise genellikle 8-13./14-19. yüzyıllar arasında kaleme alınmıştır.<sup>18</sup> Ayrıca “tekmile/tetimme” başlığının daha ziyade Hanefî mezhebine ait fıkıh kitaplarında kullanıldığını, “zevâid” başlığının ise Şâfiî fakihlerce nispeten daha fazla tercih edildiğini söyleyebiliriz.

## II. İSLAM HUKUKU (FIKİH) ZEYİL EDEBİYATI: TASNİF ÖNERİSİ

Çalışmamız kapsamında örnek olarak inceleyip değerlendirdiğimiz elli altı fıkıh kitabı çerçevesinde bu terimlerin tüm müellifler açısından geçerli bir standart kullanım şekli olmadığı, aksine tarih boyunca yazarlara ve belirli ölçüde mezheplere göre değişen farklı kullanımların söz konusu olduğu görülmüş ve bu yüzden İslam hukuku alanında yazılmış zeyil türü eserler, asıl/kaynak metin üzerinde yapılan işleme ve geliştirme faaliyetinin niteliğini öne çıkaracak şekilde farklı bir tasnife tabi tutulmuştur. Büyük ölçüde kronolojik bir sıralamayı da ifade eden bu tasnife göre bu eserleri üç ana başlık altında toplamak mümkündür:

### A. Tamamlanmış Bir Kitaba İçerik ya da Bölüm Ekleyerek Zeyil Yapmak

1. Müellifin Tamamlanmış Kitabına Yeni İçerik Eklemesi
2. Müellifin Tamamlanmış Kitabına Yeni Bölüm Eklemesi
3. Başkasına Ait Tamamlanmış Kitaba İçerik Eklemek
4. Başkasına Ait Tamamlanmış Kitabın Bir Bölümüne İçerik Eklemek

### B. “Karşılaştırmalı Zeyil”: Tamamlanmış Bir Kitabı Alanın Diğer Eserleriyle Karşılaştırmalı Olarak İncelemek

### C. Müellifin Yarım Bıraktığı Bir Kitabı Tamamlamak Suretiyle Zeyil Yapmak

## A. TAMAMLANMIŞ BİR KİTABA İÇERİK YA DA BÖLÜM EKLEYEREK ZEYİL YAPMAK

İslam hukuku zeyil edebiyatı içerisinde kronolojik olarak önce bu başlık altında değerlendirilebilecek zeyillerin üretildiğini ve bu eserlerin genellikle “ziyâdât” adıyla anıldığını söylemiştik. İncelediğimiz kitaplar arasında bu niteliği haiz olduklarını tespit ettiğimiz on yedi

aynı maksatla kaleme alınan müstedrek türü eserlerden önce yazıldığı söylenebilir. Nitekim müstedrek edebiyatının ilk ve meşhur örneklerini Dârekûtî (ö. 385/995) ve Hâkim en-Nisâbüri (ö. 405/1014) vermiştir (bk. *TDV İslâm Ansiklopedisi*, Yaşar Kandemir, “Hadis” maddesi; *a.g.e.*, İbrahim Hatipoğlu, “Müstedrek” maddesi).

<sup>17</sup> Hadis edebiyatında önemli bir tür olan ve “bir ya da birkaç hadis kitabının *Kütüb-i Sitte* gibi temel kaynaklardan fazla veya farklı olarak ihtiva ettiği hadisleri konularına göre bir araya getirmek” amacıyla yazılan zevâid kitaplarının ilk örneğini Moğultay b. Kılıç’ın (ö. 762/1361), en meşhur örneklerini ise Nüreddin el-Heysemî’nin (ö. 807/1405) verdiği, dolayısıyla bu tür eserlerin 8./14. yüzyıl ortalarından itibaren yazılmaya başladığı kabul edilmektedir (bk. *TDV İslâm Ansiklopedisi*, Abdullah Karahan, “Zevâid” maddesi). Fıkıh alanında ise bu türün farklı bir adla anılan ilk örneği 4./10. yüzyıla, doğrudan “zevâid” adını taşıyan ilk örneği ise 5./11. yüzyıla aittir. Aşağıda “Karşılaştırmalı Zeyil” başlığı altında tanıtacağımız bu türden on üç eserin büyük bir kısmının başlığında “zevâid” kelimesi kullanılmıştır.

<sup>18</sup> Tekmile türü zeyillere diğerlerine nazaran daha geç dönemde rastlandığı hususunda ayrıca bk. *The Encyclopaedia of Islam*, 2th edition. “Sila (In Literature)” maddesi.



zeyil bulunmaktadır. Bu türün ilk örnekleri bizzat müellifleri tarafından ve büyük ihtimalle tamamladıkları bir kitap üzerine yazılmış ziyâdât türü eserlerdir.

### 1. Müellifin Tamamlanmış Kitabına Yeni İçerik Ekleme

Ebû Hanîfe'nin (ö. 150/767) önde gelen iki talebesinden ve Hanefî mezhebinin kurucu imamlarından biri olan Muhammed b. Hasan eş-Şeybânî'nin (ö. 189/805) *ez-Ziyâdât* adlı eseri hem genel anlamda fıkıh zeyillerinin hem de zeyil edebiyatı içinde bu başlık altında ele alabileceğimiz ziyâdât türünün ilk örneği olarak kabul edilebilir. Sistematik bir fıkıh kitabı olmadığı anlaşılan bu eserin niteliği ve hangi kitap üzerine yazılmış bir zeyil olduğu konusunda Hanefî mezhebi kaynaklarında farklı rivayetler ve değerlendirmeler bulunmaktadır. Buna göre *ez-Ziyâdât* ya Ebû Hanîfe'nin diğer meşhur talebesi Ebû Yûsuf'un (ö. 182/798) Ebû Hanîfe'nin ders halkasında üretilen görüş ve rivayetleri derlediği *el-Emâlî* üzerine ya da Şeybânî'nin daha önce benzer bir amaçla kaleme aldığı ve "zâhirü'r-rivâye" diye nitelenen eserleri, özellikle de bunlardan *el-Câmiu'l-kebîr* üzerine yazılmış bir zeyildir.<sup>19</sup> Özellikle çağdaş araştırmalarda ikinci görüş öne çıktığı<sup>20</sup> için biz de *ez-Ziyâdât*'ı Şeybânî'nin kendi eserlerinden birisi ya da birkaçı üzerine yazmış olduğu zeyil niteliği taşıyan müstakil bir eser olarak bu başlık altında değerlendirdik.<sup>21</sup> Daha önce yazmış olduğu zâhirü'r-rivâye eserlerinde kaydetmediği veya sonradan ortaya çıkan bazı fikhî meseleleri düzensiz bir biçimde *ez-Ziyâdât*'ta derleyen Şeybânî, daha sonra ortaya çıkan yeni meselelere dair görüşlerini de *Ziyâdâtü'z-Ziyâdât* adını verdiği yeni bir eserde toplamış<sup>22</sup> ve böylece zeyil üzerine zeyil yazma geleneğini de başlatmıştır. Sadece Hanefî mezhebinin değil genel olarak fıkıh ilminin fûrua dair meselelerinin tedvini ve fıkıh kitaplarının tasnifi konusunda belirleyici bir rolü olan Ebû Hanîfe çevresinin bu konudaki en velûd isimlerinden Muhammed b. Hasan eş-Şeybânî'nin<sup>23</sup> zeyil edebiyatına dair ilk örnekleri vermiş olması oldukça dikkat çekicidir.

Ebû Hanîfe'nin önde gelen talebeleri arasında yer alan Hasan b. Ziyâd'a (ö. 204/819) da *ez-Ziyâdât* adlı bir eser nispet edilmektedir. Okan Kadir Yılmaz'a göre, Ebû Hanîfe ile talebeleri Ebû Yûsuf ve Züfer b. Hüzeyl'in (ö. 158/775) görüşlerini tahriç yoluyla tespit edip *el-*

<sup>19</sup> Kâtip Çelebi, *Keşfü'z-zunûn an esâmi'l-kütübi ve'l-fünûn*, nşr., M. Şerefettin Yaltkaya, Ankara: Millî Eğitim Bakanlığı, 1941-1943, II, 962-963.

<sup>20</sup> Bk. *TDV İslâm Ansiklopedisi*, Murteza Bedir, "ez-Ziyâdât" maddesi; Okan Kadir Yılmaz, "İlk Tedvin Döneminde Hanefî Mezhebi Literatürünün Kayıp Eserleri", Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2017, s. 9; Orhan Ençakar, "Hanefî Mezhebi Nevâdir Literatürü", Doktora Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2019, s. 54 vd.

<sup>21</sup> Kaynaklarda *ez-Ziyâdât*'a müstakil bir eser olarak atıf yapılmış (mesela bk. Burhaneddin el-Buhârî, *el-Muhîtu'l-Burhânî*, thk., Abdülkerim Sami el-Cündî, Beyrut: Dâru'l-Kütübi'l-ilmîyye, 1424/2004, II, 131, 206; III, 270, 319; IV, 249), ayrıca üzerine muhtasar ve şerh türü çalışmalar yapılmıştır (Kâtip Çelebi, *Keşfü'z-zunûn*, II, 962-963). Krş. Yılmaz, "Hanefî Mezhebi Literatürünün Kayıp Eserleri", s. 97, 151; Ençakar, "Hanefî Mezhebi Nevâdir Literatürü", s. 39, 43.

<sup>22</sup> Kâtip Çelebi, *Keşfü'z-zunûn*, II, 964; *TDV İslâm Ansiklopedisi*, Murteza Bedir, "ez-Ziyâdât" maddesi.

<sup>23</sup> Bilal Aybakan, "Furû' Fıkıh Sistematiği Üzerine", *M.Ü. İlahiyat Fakültesi Dergisi*, 31/2 (2006), s. 6; *TDV İslâm Ansiklopedisi*, Aydın Taş, "Şeybânî, Muhammed b. Hasan" maddesi; *TDV İslâm Ansiklopedisi*, Mehmet Özşenel, "Şeybânî, Muhammed b. Hasan (Hadisteki Yeri)" maddesi.

*Emâlî* adıyla kaydeden Hasan b. Ziyâd muhtemelen bu eserinde yer almayan fikhî mesele ve görüşleri *ez-Ziyâdât* adıyla ayrı bir kitapta toplamıştır.<sup>24</sup>

Şâfiî fikhına dair *el-Mebsût*, *Edebü'l-Kâdî*, *el-Hâdî ilâ mezâhibi'l-ulemâ* ve *el-Fetâvâ* gibi eserleriyle tanınan<sup>25</sup> Ebû Âsım Muhammed b. Ahmed el-Herevî el-Abbâdî'ye (ö. 458/1066) nispet edilen *ez-Ziyâdât* ve ona zeyil olarak yine kendisinin kaleme aldığı *Ziyâdâtü'z-Ziyâdât* adlı eserlerin<sup>26</sup> niteliği hakkında Şâfiî tabakât kaynaklarında bir bilgiye ulaşmasak da Kâtip Çelebi, meşhur Şâfiî fakihî Râfiî'den naklen Abbâdî'nin *ez-Ziyâdât*'ının bir cilt hacmindeki *el-Fetâvâ*'sı üzerine oldukça hacimli bir zeyil çalışması olduğunu söyler.<sup>27</sup>

## 2. Müellifin Tamamlanmış Kitabına Yeni Bölüm Eklemesi

Bu zeyil türüyle ilgili tespit edebildiğimiz Hanefî mezhebinin erken dönemine ait iki örnekten ilki, Muhammed b. Hasan eş-Şeybânî'nin öğrencisi Hişâm b. Ubeydullah er-Râzî'nin (ö. 201/817) bir eseridir. Ebû Hanîfe halkasının fikhî birikimini tespiti yönelik tedvin çalışmaları kapsamında hocasının başlattığı ziyâdât geleneğini sürdürdüğü anlaşılan Râzî, esas itibarıyla Ebû Hanîfe halkasına dair hocasının görüş ve rivayetlerini derlediği ve Hanefî literatüründe bu türün en çok müracaat edilen eserlerinden birisi olan *Nevâdir*'ine sonradan ilavelerde bulunmuş ve bu ikinci esere *Ziyâdâtü Nevâdiri Hişâm* adıyla atıflar yapılmıştır.<sup>28</sup> Orhan Ençakar'ın tespitine göre, Hanefî mezhebinde nevâdir rivayeti üzerine ilave/zeyil yapan tek kişi Hişâm'dır ve *Ziyâdât*'ın Hişâm'ın *Nevâdir*'i içinde bir bölüm (kitab) olduğu anlaşılmaktadır.<sup>29</sup>

Hanefî mezhebinin teşekkül döneminde fikhın çeşitli alanlarında kaleme aldığı eserlerle mezhebin oluşumuna ve yayılmasına katkıda bulunan Ebû Cafer et-Tahâvî'nin (ö. 321/933) mezhebin hadis kaynaklarını tespit etmek ve mezhep imamlarına ait görüşleri hadislerle temellendirilmek amacıyla kaleme aldığı *Meâni'l-âsâr* (ya da *Şerhü meâni'l-âsâr*) adlı eserinde “Kitâbü'z-Ziyâdât” başlıklı bir bölüm yer almaktadır. Bu eser üzerine *Nühabü'l-efkâr fi tenkîhi mebâni'l-ahbâr* adlı hacimli bir şerh yazan Bedreddin el-Aynî'nin (ö. 855/1451) verdiği bilgiye göre, Tahâvî *Meâni'l-âsâr*'ı tamamladıktan sonra tespit ettiği bazı yeni meseleleri kitabının sonuna dokuz alt bölüm (bâb) halinde eklemiş ve bu bölümleri kitabın diğer ana bölümlerinde (kitab) olduğu gibi düzenli bir konu tasnifine göre sıralamamıştır.<sup>30</sup> *Meâni'l-âsâr*'ın mevcut neşirlerinde bu bölümün kitabın en sonunda değil “Kitâbü'l-Vesâyâ” ve “Kitâbü'l-

<sup>24</sup> Yılmaz, “Hanefî Mezhebi Literatürünün Kayıp Eserleri”, s. 148. Yılmaz bu konuda somut bir delil bulunmadığını belirtir.

<sup>25</sup> İbnü'l-İmâd el-Hanbelî, *Şezerâtü'z-zehab fi ahbâri men zehab*, thk., Mahmûd el-Arnâût, Dimaşk-Beyrut: Dâru İbn Kesîr, 1406/1986, V, 252.

<sup>26</sup> Mesela bk. Ebû Zekerîya Yahya b. Şeref en-Nevevî, *Tehzîbü'l-esmâ' ve'l-lügât*, Beyrut: Dâru'l-Kütübü'l-İlmiyye, ts., II, 249; Takıyyüddin İbn Kâdî Şühbe, *Tabakâtü's-Şâfi'iyye*, thk. Abdülalîm Han, Beyrut: Âlemü'l-kütüb, 1407, I, 232; Tâceddin es-Sübkî, *Tabakâtü's-Şâfi'iyyeti'l-kübrâ*, thk. M. Muhammed et-Tanâhî ve A. Muhammed el-Hulv, Kahire: Dâru Hecr li't-tübâa ve'n-neşr, 1413, IV, 104. Bazı kaynaklarda kendi *Ziyâdât*'ı üzerine iki ayrı zeyil (*Ziyâdâtü'z-Ziyâdât* ve *Ziyâdât alâ Ziyâdâtü'z-Ziyâdât*) yazdığı söylenir (bk. Cemaleddin el-İsnevî, *el-Mühimmât fi şerhi'r-Ravda ve'r-Râfi'i*, nşr., Ebû'l-Fadl ed-Dimyâtî ve Ahmed b. Ali, Beyrut – Dâru'l-beyzâ: Dâru İbn Hazm – Merkezü't-türâsi's-sekâfi'l-Mağribî, 1430/2009, I,26; Bağdatlı İsmail Paşa, *Hediyetü'l-ârifin es-mâ'ül-müellifin ve âsârü'l-musannifin*, Ankara: Millî Eğitim Bakanlığı, 1951-1955, II, 71).

<sup>27</sup> Kâtip Çelebi, *Keşfü'z-zünûn*, II, 964.

<sup>28</sup> Yılmaz, “Hanefî Mezhebi Literatürünün Kayıp Eserleri”, s. 9, 124-25. Burhâneddin el-Buhârî'nin Hişâm'ın bu eserine yaptığı atıflar için bk. Buhârî, *el-Muhîtu'l-Burhânî*, VI, 92; VIII, 523.

<sup>29</sup> Ençakar, “Hanefî Mezhebi Nevâdir Literatürü”, s. 135.

<sup>30</sup> Bedreddin el-Aynî, *Nühabü'l-efkâr fi tenkîhi mebâni'l-ahbâr fi şerhi Meâni'l-âsâr*, thk., Ebû Temîm Yâsir b. İbrahim, 19 cilt, Katar: Vizâretü'l-evkâf ve's-şuûni'l-İslâmiyye, 1429/2008, XVI, 429.

Ferâiz” bölümlerinden önce yer alması<sup>31</sup> kitap tamamlandıktan sonra yazılmış bir zeyil olduğu hususunda bir tereddüde yol açsa da Aynî'nin şerhinde “Kitâbü’z-Ziyâdât” olması gerektiği yerdedir, yani kitabın son bölümüdür.

### 3. Başkasına Ait Tamamlanmış Kitaba İçerik Ekleme

Bu kategoride değerlendirilebileceğini tespit ettiğimiz on fıkıh kitabından Hanefî mezhebine ait olan bir tanesi “tekmile”, Şâfiî mezhebine ait altı tanesi “ziyâdât” ya da “zevâid”, Mâlikî mezhebine ait üç tanesi ise “ziyâdât” adını taşımakta ya da kaynaklarda bu şekilde nitelendirilmektedir. Bunlar bir müellife ait tamamlanmış bir kitaba daha sonraki bir âlim (oğlu, öğrencisi ya da bir başkası) tarafından yeni fikhî meseleler ve/veya mevcut meseleler hakkında yeni/farklı fikhî görüşler ya da hadisler ilave edilmesi suretiyle oluşturulan zeyil türü eserlerdir. Kronolojik olarak sıraladığımızda önce Şâfiî mezhebine ait eserleri, ardından Hanefî mezhebine ait bir eseri ve son olarak Mâlikî mezhebine ait eserleri ele almış olacağız.

Şâfiî mezhebinin teşekkülünde oldukça önemli ve belirleyici bir role sahip olan Ebü'l-Abbâs İbn Süreyc'in (ö. 306/918) önde gelen ihtisas talebelerinden İbnü'l-Kâs et-Taberî'nin (ö. 335/936) Şâfiî fikhına dair *el-Miftâh* adlı meşhur muhtasarı<sup>32</sup> üzerine gözde öğrencilerinden Kâdî Ebû Ali Hasan b. Muhammed b. Abbas ez-Zücâcî et-Taberî (ö. 400/1000 civarı)<sup>33</sup> ziyâdât türü bir zeyil çalışması yapmıştır. *et-Tehzîb*, *Ziyâdetü'l-Miftâh* veya *Zevâ'idü'l-Miftâh* adlarıyla anılan<sup>34</sup> ve çok meşhur olmadığı anlaşılan<sup>35</sup> kitabın içeriği ve yapılan eklemelerin niteliği hakkında kaynaklarda yeterli bilgi verilmese de Zücâcî muhtemelen hocasının meşhur muhtasarı üzerine karşılaştırmalı bir inceleme (zevâid) çalışması değil içerik ekleme niteliğinde bir zeyil (ziyâdât) çalışması yapmış olmalıdır.<sup>36</sup> Aksi halde kitabın bu özelliğine vurgu yapıldı diye düşünüyoruz. Ebû Ali ez-Zücâcî aynı zamanda hocası İbnü'l-Kâs'ın *Edebü'l-Kâdî* sine de bazı meseleler ilave ederek ziyâdât türü bir zeyil kaleme almıştır.<sup>37</sup>

Şâfiî mezhebinin temel metinlerinden Ebû İshak eş-Şîrâzî'nin (ö. 476/1083) *el-Mühezzeb*'ini sürekli derslerinde okutan Yemen Şâfiîleri'nin reislerinden Ebü'l-Hüseyn Yahyâ b. Ebü'l-Hayr el-İmrânî (ö. 558/1163) bu eser üzerine birisi *ez-Zevâid* adıyla bilinen muhtasar,

<sup>31</sup> Bk. Tahâvî, *Şerhu meâni'l-âsâr*, thk., M. Zührî en-Neccâr ve M. Seyyid Câdülhak, Beyrut: Âlemü'l-kütüb, 1414/1994.

<sup>32</sup> İbn Süreyc ve İbnü'l-Kâs'ın Şâfiî mezhebi açısından önemi hakkında bk. Nail Okuyucu, *Şâfiî Mezhebi'nin Teşekkül Süreci*, İstanbul: M.Ü. İlahiyat Fakültesi Vakfı, 2015, s. 407-500; *TDV İslâm Ansiklopedisi*, Şükrü Özen, “İbn Süreyc, Ebü'l-Abbas” maddesi; *TDV İslâm Ansiklopedisi*, Ahmet Özel, “İbnü'l-Kâs” maddesi.

<sup>33</sup> Kâtip Çelebi vefat tarihini *Keşfü'z-zunûn*'da (II, 1769) “hicri 350” olarak verirken (Bağdatlı İsmail Paşa da aynı tarihi verir; bk. *Hediyetü'l-ârifîn*, I, 270) *Süllemü'l-vusûl* da “400 yılı civarı” diyerek bu hatasını düzeltir (Kâtip Çelebi, *Süllemü'l-vusûl ilâ tabakâti'l-fihûl*, thk., Mahmûd Abdülkadir el-Arnâût, İstanbul: IRCICA, 2010, II, 37). Çünkü Zücâcî, İbnü't-Tayyib et-Taberî'nin (348-450 / 959-1058) hocası olduğuna göre (bk. Kâtip Çelebi, ay.) 350/961'de vefat etmiş olması düşünülemez. Zücâcî'nin vefatıyla ilgili 400, 410, 417 şeklinde farklı rivayetler için bk. İsnevî, *Mühimmât*, I, 226-227.

<sup>34</sup> İsnevî, *Mühimmât*, I, 117, 225-226, 314; II, 297; III, 557; İbn Kâdî Şühbe, *Tabakâti's-Sâfiyye*, I, 139-140; Sübkî, *Tabakâti's-Sâfiyyeti'l-kübrâ*, IV, 331; İbnü'l-Mülakkin, *el-Ikdü'l-müzheb fi tabakâti hameleti'l-mezheb*, thk., Eymen Nasr el-Ezherî ve Seyyid Mühennâ, Beyrut: Dâru'l-kütübî'l-ilmiyye, 1417/1997, s. 52, 192; Kâtip Çelebi, *Keşfü'z-zunûn*, I, 517.

<sup>35</sup> İsnevî, *Mühimmât*, I, 117. İsnevî'nin döneminin nadir eserlerini topladığı zengin bir kütüphanesi olduğu anlaşıyor (a.g.e., I, 94).

<sup>36</sup> Krş. *TDV İslâm Ansiklopedisi*, İsmail Durmuş, “Zeyil” maddesi.

<sup>37</sup> İsnevî, *Mühimmât*, I, 117.

diğeri *el-Beyân fi mezhebi'l-İmâmi's-Şâfiî* adını taşıyan geniş eseri olmak üzere iki ayrı zeyil çalışması yapmıştır. Ebû'l-Hayr'ın *el-Beyân*'ın mukaddimesinde her iki eserin sebebi-i telifine dair anlattıkları<sup>38</sup> ile Şâfiî tabakat kaynaklarında yer alan bilgiler<sup>39</sup> birlikte değerlendirildiğinde *ez-Zevâid* ve *el-Beyân*'ın Şirâzî'nin eserine mezhebin diğer muteber kaynaklarında yer alan fikhî mesele ve görüşlerin ilavesiyle oluşturulmuş zeyil türü eserler olduğu anlaşılmaktadır. *el-Beyân*'da diğer mezhep imamlarının Şâfiî'ye muhalif görüşleri de ilave edilmiştir.

Hem genel olarak fıkıh zeyil edebiyatı içinde hem de Hanefî fıkıh literatüründe “tekmile” adını taşıyan eserlerin ilk örnekleri, Muhammed b. Hasan eş-Şeybânî ve Tahâvî gibi erken dönem şahsiyetlerinin ardından Hanefî mezhebinin en muteber temel metinlerinden birini kaleme alan Kudûrî'nin (ö. 428/1032) kitapları üzerine yazılan zeyillerdir. Bunların en meşhuru olan *Muhtasarü'l-Kudûrî* üzerine yazılan tekmilenin niteliği farklı olduğu için onu aşağıda “Karşılaştırmalı Zeyil” başlığı altında ele alacağız. Kudûrî'nin Şâfiî'nin Ebû Hanîfe'ye muhalif görüşlerini derleyip Ebû Hanîfe'nin görüşlerinin tercih gerekçelerini ortaya koyduğu *et-Tecrîd* adlı mukayeseli fıkıh (hilâf) kitabı üzerine talebesi Ebû Bekir Abdurrahman b. Muhammed es-Serahsî (ö. 439/1048) tarafından kaleme alınan *Tekmiletü't-Tecrîd*'in sebebi-i telifi ve niteliği hakkında kaynaklarda bir bilgiye rastlayamadık.<sup>40</sup> Ancak *et-Tecrîd*'in eksik olduğuna dair bir bilgi de verilmediğine göre Serahsî'nin muhtemelen hocasının kitabına Ebû Hanîfe ve Şâfiî dışındaki fakihlerin görüşlerini ekleyerek ziyâdât türü bir eser kaleme aldığı düşünülebilir.

İmam Mâlik'in (ö. 179/795) Mısırlı öğrencilerinden Abdullah b. Abdilhakem (ö. 214/829) hocasının halkasında üretilen fikhî mesele ve görüşleri derlemek amacıyla üç muhtasar (kebir, evsat, sağır) kaleme almıştı ve bunlar Mâlikî mezhebinin teşekkül döneminde *Muhtasar* ve *el-Müdevvenetü'l-kübrâ*'dan sonra en muteber kitaplar olarak kabul ediliyordu.<sup>41</sup> Bunlardan *el-Muhtasarü's-sağır* esas alınarak yazılan ve Mâlik'in ya da öğrencilerinin görüşlerine farklı ilim merkezlerini (emsâr) temsil eden müctehid âlimlerin görüşleri eklenerek oluşturulan ziyâdât türü dört zeyil çalışması bulunmaktadır:

1) Abdullah b. Abdilhakem'in İmam Şâfiî'ye yakınlığıyla tanınan, aynı zamanda Şâfiî'ye ve Ebû Hanîfe'ye reddiyeler yazan oğlu ve talebesi Ebû Abdullah Muhammed b. Abdilhakem (ö. 268/882) Ebû Hanîfe ile Şâfiî'nin İmam Mâlik'e muhalif görüşlerini babasının söz konusu eserine ekleyerek bir ziyâdât oluşturmuştur.<sup>42</sup>

<sup>38</sup> Ebû'l-Hayr el-İmrânî, *el-Beyân fi mezhebi'l-İmâmi's-Şâfiî*, thk., Kâsım Muhammed en-Nûrî, Cidde: Dâru'l-Minhâc, 1421/2000, I, 3.

<sup>39</sup> Sübkî, *Tabakâtü's-Şâfiyyeti'l-kübrâ*, VII, 336-337; İbn Kâdî Şühbe, *Tabakâtü's-Şâfiyye*, I, 328. Ayrıca bk. *TDV İslâm Ansiklopedisi*, Ahmet Özel”, “İmrânî, Ebû'l-Hayr” maddesi.

<sup>40</sup> Kureşî, *el-Cevâhîrü'l-mudîyye fi tabakâti'l-Hanefiyye*, thk., Abdülfettâh Muhammed el-Hulv, Kahire: Dâru Hecr li't-tibâa ve'n-neşr, 1413/1993, II, 397-400; Kâtip Çelebi, *Keşfü'z-zunûn*, I, 346; Bağdatlı İsmail Paşa, *Hedîyyetü'l-ârifîn*, I, 516. Serahsî'nin vefat tarihi Kureşî tarafından hicrî 439, Kâtip Çelebi ve Bağdatlı İsmail tarafından 436 olarak verilir.

<sup>41</sup> *TDV İslâm Ansiklopedisi*, Eyyüp Said Kaya, “Mâlikî Mezhebi” maddesi; Ali Hakan Çavuşoğlu, “Irak Mâlikî Ekolü: III-V./IX-XI. Yüzyıllar”, Doktora Tezi, Marmara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2004, s. 49-51.

<sup>42</sup> Kâdî İyâz, *Tertîbü'l-medârik ve takrîbü'l-mesâlik li-ma'rifeti a'lâmi mezhebi Mâlik*, thk., M. Tâvî et-Tancî vd., Rabat: Vizâretü'l-evkâf ve's-şuûnî'l-İslâmiyye, 1383-1403/1965-1982, III, 366; IV, 160; İbn Ferhûn, *ed-Dibâcü'l-müzheb fi ma'rifeti a'yânî'l-mezheb*, thk., Muhammed el-Ahmedî Ebû'n-Nûr, Kahire: Dâru't-Türâs li't-tab' ve'n-neşr, 1972, II, 165.

2) Ebü'l-Kâsım Ubeydullah b. Muhammed b. Abdullah b. Abdürrahîm İbnü'l-Berkî (ö. 291/904) aynı şekilde hocası Abdullah b. Abdilhakem'in *el-Muhtasarü's-sağîr*'ine İbrahim en-Nehaî, Ebü Hanîfe, Süfyân es-Sevrî, Evzâî, Şâfiî ve İshak b. Râhûye gibi mezhep imamı ve müctehid fakihlerin (fukahâ-i emsâr) görüşlerini ilave ederek bir ziyâdât çalışması yapmıştır.<sup>43</sup>

3) Muhammed b. Abdilhakem'in talebelerinden olup onun ardından ders halkasının başına geçen ve "İbn Ramazân" diye tanınan Ebü'l-Hasan Ali b. Yakûb ez-Zeyyât (ö. 321/933) İbnü'l-Berkî'nin ziyâdâtı üzerine onun yer vermediği diğer erken dönem müctehidlerinden bazılarının görüşlerini ilave etmek suretiyle *el-Muhtasarü's-sağîr* merkezli üçüncü ziyâdâtı kaleme almıştır.<sup>44</sup>

4) Önceki üç isimden farklı olarak bir Şâfiî fakihî olan ve Mâlikî mezhebinin hâkim olduğu Endülüs'e yerleşip orada yaşayan Ebü'l-Kâsım Ubeydullah b. Ömer b. Ahmed el-Bağdâdî el-Kurtubî (ö. 360/971) de İbn Ramazân'ın yazdığı ziyâdâtına Dâvûd ez-Zâhirî, Leys b. Sa'd ve İbn Cerîr et-Taberî'nin görüşlerini ekleyerek dördüncü zeyli kaleme almıştır.<sup>45</sup>

Bu başlık altında buraya kadar ele aldığımız dokuz kitap tamamlanmış bir fıkıh kitabına yeni fikhî meseleler ve/veya bu kitapta yer alan meseleler hakkında mezhep içinden ya da dışından farklı görüşler ilave edilmesi suretiyle oluşturulan zeyillerdir. İmam Şâfiî'nin görüşlerinin sonraki kuşaklara aktarılması ve mezhebinin tedvini konusunda önemli katkılar sunan en yakın talebelerinden Müzenî'nin (ö. 264/878) meşhur eseri *el-Muhtasar* üzerine İbn Ziyâd en-Nisâbüri'nin (ö. 324/946) kaleme aldığı *Ziyâdât 'alâ Muhtasari'l-Müzenî* ise daha farklı bir nitelik taşımakta ve bu araştırma kapsamında incelediğimiz kitaplar arasından türünün tek örneği gibi görünmektedir.

Hadis ilimlerinin alt branşlarından (nev' /fen) birisi olan ve "ma' rifetü ziyâdâtı elfâz fikhîyye" ya da "ma' rifetü ziyâdeti's-sikât" adıyla anılan<sup>46</sup>, bir hadis rivayetinin farklı tariklerine ve özellikle de bu farklı tarikler/rivayetler arasında hadisten çıkarılacak hükmü etkileyebilecek metin farklılıklarına vakıf olma konusunda hatırı sayılır bir şöhrete sahip olan, ahkâm hadislerini (fikhîyyât) ve sahâbe arasındaki görüş ayrılıklarını çok iyi bilen İbn Ziyâd en-Nisâbüri<sup>47</sup> hocası Müzenî'nin eserine bu birikimini kullanarak eklemeler yapmıştır. Döneminde Irak Şâfiîleri'nin önde gelenlerinden biri olan İbn Ziyâd'ın kimi zaman Müzenî'nin naklettiği bir rivayet başka tariklerini, kimi zaman da Müzenî'nin yer vermediği bir hadis rivayetini

<sup>43</sup> Kâdî İyâz, *Tertîbü'l-Medârik*, III, 367; IV, 180-183. Ayrıca bk. *TDV İslâm Ansiklopedisi*, Şükrü Özen, "Hilâf" maddesi; *TDV İslâm Ansiklopedisi*, Saffet Köse, "İbn Abdülhakem, Abdullah" maddesi.

<sup>44</sup> Kâdî İyâz, *Tertîbü'l-Medârik*, III, 367; IV, 159; V, 55-56; İbnü's-Salâh eş-Şehrezûrî, *Tabakâtü'l-fukahâi's-Şâfiyye*, thk., Muhiddin Ali Necîb, Beyrut: Dâru'l-Beşâiri'l-İslâmiyye, 1992, I, 191; İbn Yûnus el-Misrî, *Târîhu İbn Yûnus*, Beyrut: Dâru'l-Kütübî'l-ilmîyye, s. 1421, I, 446. İbn Ramazân'ın kimliği ve baba adı hakkındaki ihtilaflar için bk. Kâdî İyâz, *a.g.e.*, V, 282-283.

<sup>45</sup> Kâdî İyâz, *Tertîbü'l-medârik*, III, 367.

<sup>46</sup> Hâkim en-Nisâbüri, *Ma' rifetü ulûmil'l-hadîs*, thk., S. Muazzam Hüseyin, Beyrut: Dâru'l-Kütübî'l-ilmîyye, 1397/1977, s. 130; İbnü's-Salâh eş-Şehrezûrî, *Ulûmü'l-hadîs*, thk., Nureddin İtr, Beyrut: Dâru'l-Fikr, 1406/1986, s. 85; Talat Koçyiğit, *Hadis İstılahları*, Ankara: Ankara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi, 1985, s. 476.

<sup>47</sup> Hâkim en-Nisâbüri, *Ma' rifetü ulûmil'l-hadîs*, s. 130; İbnü's-Salâh, *Ulûmü'l-hadîs*, s. 85; Şemsüddin ez-Zehabi, *Tezkiretü'l-huffâz*, nşr., Zekerîya Umeyrât, Beyrut: Dâru'l-Kütübî'l-ilmîyye, 1419/1998, III, 26-28; İbn Kâdî Şühbe, *Tabakâtü's-Şâfiyye*, I, 111, İbn Ziyâd en-Nisâbüri, *ez-Ziyâdât alâ Kitâbi'l-Müzenî*, thk., Hâlid b. Hâyif b. Ureyc el-Mutîrî, Riyad-Küveyt: Dâru Edvâi's-selef – Dâru'l-Kevser, 1426/2005, Muhakkikin girişi, s. 64.



nakletmek şeklindeki bu ilaveleri ilgili meselenin fikhî hükmünü etkileyecek ve Şâfiî mezhebini görüşünü teyit edecek niteliktedir. *ez-Ziyâdât*'ta *el-Muhtasar*'ın konu (kitab) tasnifi esas alınmış, ancak ziyâdât yapılmayan alt konu başlıklarına (bâb) yer verilmemiştir.<sup>48</sup> Ayrıca İbn Ziyâd'ın ilaveleri Hz. Peygamber'in hadisleriyle sınırlı olup nadiren sahâbe veya tâbiînin görüşlerine atıfta bulunulmakta, Şâfiî dışındaki müctehid imamlardan da herhangi bir görüş ya da rivayet nakledilmemektedir.<sup>49</sup> *ez-Ziyâdât*'ı neşreden Mutîrî bu kitabın "bir fıkıh kitabı üzerine ziyâdât tarzında yazılmış ilk eser" olduğunu ifade ederken<sup>50</sup> şayet hadis ilminin bir alt kolu olan, hadislerin farklı metinler içeren farklı tariklerini ilave etmek anlamındaki "ziyâdât ilmini" kastediyorsa haklı olabilir, aksi takdirde İbn Ziyâd'ın bu eserinden önce ziyâdât niteliği taşıyan pek çok kitap yazıldığını ve bunların ilk örneğini Muhammed b. Hasan eş-Şeybânî'nin verdiğini ortaya koymuş olduk.

#### 4. Başkasına Ait Tamamlanmış Kitabın Bir Bölümüne İçerik Ekleme

Hanefî mezhebinin tanınmış müelliflerinden Zeynüddin İbn Nüceym'in (ö. 970/1563) İslam hukukunun küllî kaideleri ile benzer fikhî meselelerin tâbi olduğu ortak ve farklı hükümleri incelediği *el-Eşbâh ve'n-nezâir* adlı eserinin sadece "Kitâbü'l-Fürûk" başlıklı altıncı bölümü üzerine kardeşi Siraceddin Ömer İbn Nüceym (ö. 1005/1596) tarafından bir tekmile/tetimme (kaynaklarda her iki adla da geçiyor) yazılmıştır.<sup>51</sup> Henüz başka bir örneğine rastlamasak da bu türün bir önceki başlık altında ele aldığımız, tamamlanmış bir kitabın bütününe yönelik zeyil çalışmasından ayrı bir nitelik taşıdığını, dolayısıyla ayrı bir başlık altında ele alınması gerektiğini düşünüyoruz.

*el-Eşbâh* üzerine yazılmış *Gamzû uyûni'l-besâir* adlı şerhin sahibi Hamevî'nin (ö. 1098/1687) verdiği bilgiye göre, *el-Eşbâh*'ı yedi bölüme (fen) ayıran Zeynüddin İbn Nüceym her bir bölümün altında tahâretten ferâize kadar tüm fıkıh konularıyla ilgili kaideleri ve farklılıkları sıralarken "Kitâbü'l-Fürûk" bölümünde tüm fıkıh konularına dair başlıklar açmamış ve onun bu anlamda eksik bıraktığı bu bölüm kardeşi Ömer İbn Nüceym tarafından küçük bir zeyil yazılarak tamamlanmıştır.<sup>52</sup>

#### B. "KARŞILAŞTIRMALI ZEYİL": TAMAMLANMIŞ BİR KİTABI ALANIN DİĞER ESERLERİYLE KARŞILAŞTIRMALI OLARAK İNCELEMEK

Bu kategori altında inceleyeceğimiz on üç kitabın yukarıdaki başlıklar altında ele aldığımız zeyillerden farkı, üzerine zeyil yaptıkları asıl/kaynak metne belirli bir yaklaşımı esas alarak yeni fikhî meseleler ve/veya farklı fikhî görüşler ilave etmekten ziyade söz konusu kaynak metni

<sup>48</sup> İbn Ziyâd en-Nisâbüri, *ez-Ziyâdât alâ Kitâbi'l-Müzenî*, Muhakkikin girişi, s. 149-154. İbn Ziyâd'ın yaptığı ziyâdâtın niteliği hakkında bk. *a.g.e.*, s. 82-83, 103-106, 111-139, 184-189.

<sup>49</sup> Okuyucu, *Şâfiî Mezhebi'nin Teşekkül Süreci*, s. 318. İbn Ziyâd en-Nisâbüri'nin muhaddis-Şâfiîlerin öncülerinden olduğu, ikinci nesil Şâfiî fakihler arasındaki konumu ve kitabının niteliği hakkında ayrıca bk. *a.g.e.*, s. 316-319.

<sup>50</sup> İbn Ziyâd en-Nisâbüri, *ez-Ziyâdât alâ Kitâbi'l-Müzenî*, Muhakkikin girişi, s. 183.

<sup>51</sup> Bu tekmile bazı çağdaş kaynaklarda sehven *el-Eşbâh*'ın müellifi Zeynüddin İbn Nüceym'e nispet edilmiştir (bk. *TDV İslâm Ansiklopedisi*, Ahmet Nedim Serinsu, "İbn Nüceym, Sirâceddin" maddesi; Özel, *Hanefî Fıkıh Alimleri*, s. 281).

<sup>52</sup> Ebü'l-Abbas Şehabeddin Ahmed b. Muhammed el-Hamevî, *Gamzû uyûni'l-besâir fi şerhi'l-Eşbâh ve'n-nezâir*, Beyrut: Dâru'l-Kütübi'l-İlmiyye, 1405/1985, IV, 300. *el-Eşbâh*'ın bu bölümünde sadece namaz, zekât, oruç, hac, nikah, talâk ve köle azadı (ıtk) başlıkları yer almaktadır.

aynı konuda yazılmış bir ya da birden fazla kitapla karşılaştırmalı olarak incelemek suretiyle aralarındaki farklılıkları ortaya koymaları ve kaynak metinde bulunmayıp diğer eser(ler)de bulunan fikhî mesele ve görüşleri genellikle asıl metnin başlıkları altında kaydetmeleridir. Genellikle zevâid ya da ziyâdât adlarıyla anılan bu eserleri kronolojik olarak sıraladığımızda, yine ilginç bir tesadüf olmak üzere karışık bir liste yerine kendiliğinden mezheplere göre sıralanmış bir liste karşımıza çıkmaktadır.

Bu türe ait ilk örneklerimiz Mâlikî mezhebinin erken dönem literatürüne aittir. Kuzey Afrika Mâlikîliğinin önemli temsilcilerinden İbn Ebû Zeyd el-Kayrevânî'nin (ö. 386/996) *en-Nevâdir ve'z-ziyâdât 'alâ mâ fi'l-Müdevvene* adlı kitabı, Mâlikî mezhebinin oluşum döneminde farklı bölgelerde farklı Mâlikî çevrelerce Mâlik b. Enes ve öğrencilerinin fikhî görüşlerini derlemek amacıyla yazılan ve temel kaynak kabul edilerek "ümmehât (ana kitaplar)" ya da "devâvîn" adıyla anılan eserlerde yer alan görüş ve rivayetleri toplamak amacıyla yazılmış hacimli ve ansiklopedik bir eserdir. Kayrevânî bu eserinde söz konusu literatür içerisinde en başta gelen ve mezhebin temel kaynağı kabul edilen *el-Müdevvenetü'l-kübrâ*'yı esas alıp diğer kaynaklarda bulunduğu halde *Müdevvenê*'de yer almayan fikhî görüşleri derlemiştir.<sup>53</sup> Kayrevânî'nin talebelerinden Ebü'l-Kâsım Abdurrahman b. Muhammed el-Lebîdî'ye (ö. 440/1049) de *Ziyâdâtü'l-ümmehât ve nevâdirü'r-rivâyât* adıyla anılan benzer nitelikte ve hacimde bir kitap nispet edilir.<sup>54</sup> Mâlikî mezhebinin esasını teşkil eden muteber ve kuvvetli rivayetler/görüşler ile güvenilirlik ve/veya bağlayıcılık açısından öncekilere göre daha alt kategoride sayılan görüş ve rivayetleri (nevâdir) toplama amacı taşıyan bu eserleri, *Müdevvenê*'yi esas alarak kaleme alındıkları için karşılaştırmalı zeyil kategorisinde değerlendirmek uygun olacaktır.

İbn Ebû Zeyd el-Kayrevânî'nin *Müdevvene* üzerine yazdığı ve *en-Nevâdir ve'z-ziyâdât* kadar etkili olamamış *Muhtasarü'l-Müdevvene* adlı bir eseri daha vardır.<sup>55</sup> Onun bu eserinde yer verdiği ancak *Müdevvenê*'de yer almayan görüşleri *Zevâ'idü Ebî Muhammed fi'l-Muhtasar* adlı müstakil bir kitapta toplayan İbnü't-Tallâ' el-Kurtubî (ö. 497/1104)<sup>56</sup> de Kayrevânî'nin *Muhtasar*'ı üzerine karşılaştırmalı bir zeyil çalışması yapmış olmaktadır.

Karşılaştırmalı zeyil türünün Hanefî mezhebi literatüründeki ilk örneği *Muhtasarü'l-Kudûrî* üzerine yazılmıştır. Kudûrî'nin (ö. 428/1037) Hanefî mezhebinin temel metinlerinden (mütûn-i selâse) birisi kabul edilen bu meşhur eseri üzerine *Hülâsatü'd-delâil fi tenkîhi'l-mesâil* adlı bir şerh yazmış olan Ebü'l-Hasan Hüsâmeddin Ali b. Ahmed İbn Mekkî er-Râzî (ö. 598/1201) aynı zamanda *Tekmiletü'l-Kudûrî* (veya kısaca *et-Tekmile*) adıyla bir karşılaştırmalı zeyil çalışması da yapmıştır. *Muhtasarü'l-Kudûrî*'de bulunmayıp mütekaddimîn dönemi Hanefî çevrelerinde meşhur olan diğer dört muhtasarda (*el-Câmi'u's-sağîr*, *Muhtasarü't-Tahâvî*, *el-İrşâd* ve *Mücezû'l-Fergânî*) yer alan meseleleri bir araya getiren İbn Mekkî er-Râzî, Kudûrî'nin konu tasnifini esas alarak hazırladığı bu eserini her ne kadar "tekmile" diye

<sup>53</sup> Detaylı bilgi için bk. *TDV İslâm Ansiklopedisi*, Ali Hakan Çavuşoğlu, "el-Müdevvenetü'l-kübrâ" maddesi; *a.g.e.*, Ali Hakan Çavuşoğlu, "en-Nevâdir ve'z-ziyâdât" maddesi.

<sup>54</sup> Kâdî İyâz, *Tertîbü'l-medârik*, VII, 254-255; Muhammed Mahfûz, *Terâcimü'l-müellifîne't-Tünisiyyîn*, Beyrut: Dâru'l-Garbi'l-İslâmî, 1994, IV, 208.

<sup>55</sup> Çavuşoğlu, "Irak Mâlikî Ekolü", s. 88-89.

<sup>56</sup> İbn Atıyye el-Endelûsî, *Fihristü İbn Atıyye*, thk., Muhammed Ebü'l-Ecfân – Muhammed ez-Zâhî, Beyrut: Dâru'l-Garbi'l-İslâmî, 1983, s. 91; *TDV İslâm Ansiklopedisi*, Ahmet Özel, "İbnü't-Tallâ" maddesi.



adlandırmış<sup>57</sup> olsa da “eksik bir kitabı tamamlama” niteliği taşımayan *Tekmiletü'l-Kudûrî* bizim yaptığımız tasnife göre “karşılaştırmalı zeyil” ya da yaygın kullanımıyla zevâid türü zeyil kategorisine girmektedir.

Hanefî literatüründe karşılaştırmalı zeyil türünün bir diğer örneği Kahire’de kadı naibliği ve müderrislik yapmış olan Nüreddin Ali b. Nasr b. Ömer İbnü’s-Sûsî’nin (ö. 695/1296) *Zevâidü'l-Hidâye ‘ale'l-Kudûrî* adlı eseridir. Meşhur Hanefî mezhebi tabakâtı yazarı Kureşî (ö. 775/1373), elinde müellif nüshası bulunduğunu söylediği *Zevâid* de İbnü’s-Sûsî’nin *Muhtasarü'l-Kudûrî*’de olmayıp Burhâneddin el-Merğînânî’nin (ö. 593/1197) *el-Hidâye*’sinde geçen meseleleri derlediğini ve “Kitâbü’n-Nikâh” bölümüne kadar yazabildiğini, yani *Zevâid*’in eksik olduğunu söyler.<sup>58</sup>

Hanbelî mezhebi literatürü içindeki karşılaştırmalı zeyil türü eserlere üç örnek vereceğiz. Mezhebin üç temel/kaynak eserinin ilki olan<sup>59</sup> Hırakî’nin (ö. 334/946) *el-Muhtasarı* üzerine yazdığı *el-Muğnî* adlı şerhle tanınan Muvaffakuddin İbn Kudâme (ö. 620/1223) *Muhtasar* üzerine aynı zamanda karşılaştırmalı bir zeyil çalışması yapmıştır. *el-Hâdî* diye de bilinen *Umdetü'l-hâzim fi'l-mesâ'ili'z-zevâ'id ‘an Muhtasari Ebi'l-Kâsım* (ya da ‘ *Umdetü'l-azîm fi telhîsi'l-mesâ'ili'l-hâriciyye an Muhtasari Ebi'l-Kâsım*) adlı eserinde İbn Kudâme, Ahmed b. Hanbel ve öğrencilerinden nakledilen fikhî görüş ve fetvâlardan Ebü'l-Hattâb el-Kelvezânî’nin (ö. 510/1116) *el-Hidâye*’sinde yer alan ama *Muhtasar*’da bulunmayanları derlemiş ve herhangi bir tercih ya da değerlendirmede bulunmaksızın adeta *el-Hidâye*’yi özetlemiştir (telhîs).<sup>60</sup> İbn Kudâme’nin *Muhtasarü'l-Hırakî* üzerine *Zevâ'idü'l-Kâfi ‘ale'l-Hırakî* adlı bir zevâid çalışması daha yaptığından söz ediliyorsa da kaynaklarda İbn Kudâme’ye böyle bir eser nispet edilmez.<sup>61</sup> Ancak manzum eserleriyle tanınan Yahyâ b. Yûsuf es-Sarsarî (ö. 656/1258) *Muhtasarü'l-Hırakî*’yi nazma çektikten sonra İbn Kudâme’nin *el-Kâfi* adlı eserinde yer alan ama *Muhtasar*’da bulunmayan iki bin meseleyi (zevâ'idü'l-Kâfi ‘ale'l-Hırakî) manzum hale getirmiş ve bu şiirine “Vâsîtatü'l-ıkdî's-semîn ve umdetü'l-Hâfîzi'l-emîn” adını vermiştir.<sup>62</sup>

Abdurrahman b. Mahmûd İbn Ubeydân el-Ba'lı’nın (ö. 734/1333) Muvaffakuddin İbn Kudâme’nin *el-Kâfi*’si ve Mecdüddîn İbn Teymiyye’nin (ö. 652/1254) *el-Muharrefi* ile yine İbn Kudâme’nin *el-Mukni*’ini karşılaştırıp *el-Mukni*’de olmayıp diğerlerinde bulunan

<sup>57</sup> Hüsameddin Ali b. Ahmed İbn Mekkî er-Râzî, *Tekmiletü'l-Ḳudûrî*, Süleymaniye Ktp., Cârullah Efendi, nr. 602, vr. 1<sup>b</sup>-2<sup>a</sup>.

<sup>58</sup> Kureşî, *el-Cevâhirü'l-mudîyye*, II, 619-620; Kâtip Çelebi, *Keşfüz'z-zünûn*, II, 2036. Leknevî vefat tarihini 775 olarak veriyor (*el-Fevâidü'l-behiyye fi terâcimi'l-Hanefiyye*, nşr., M. Bedreddin Ebü'l-Firâs en-Na'sânî, Kahire: Matbaatü's-Saâde, 1324, s. 139).

<sup>59</sup> Diğer iki metin Muvaffakuddin İbn Kudâme’ye ait *el-Mukni* ve Alaeddin Ali b. Süleyman el-Merdâvî’ye (ö. 885/1480) ait *et-Tenkîhu'l-müşbi*’dir (bk. Abdullah b. Abdülmuhsin et-Türkî, *el-Mezhebü'l-Hanbelî: Dirâse fi târihihi ve simâtihi*, Riyad: Müessesetü'r-Risâle nâşirûn, 1423/2002, I, 456).

<sup>60</sup> Muvaffakuddin İbn Kudâme, *Umdetü'l-hâzim fi'z-zevâ'id alâ Muhtasari Ebi'l-Kâsım*, thk., Nureddin Tâlib, Katar: Vizâretü'l-evkâf ve ş-şuûni'l-İslâmiyye, 1428/2007, s. 35-36; ayrıca bk. Muhakkikin girişi, s. 6; Türkî, *el-Mezhebü'l-Hanbelî*, II, 242.

<sup>61</sup> Krş. *TDV İslâm Ansiklopedisi*, Ferhat Koca, “İbn Kudâme, Muvaffakuddin” maddesi.

<sup>62</sup> İbn Receb, *Zeylû Tabakâti'l-Hanebile*, thk., Abdurrahman b. Süleyman el-Useymin, Riyad: Mektebü'l-Ubeykân, 1425/2005, IV, 31-33; Türkî, *el-Mezhebü'l-Hanbelî*, II, 41. Sarsarî’nin şiirinin amacını ve muhtevasını ifade eden beyitleri için bk. İbn Kudâme el-Makdisî, *Umdetü'l-hâzim fi'z-zevâ'id alâ Muhtasari İbni'l-Kâsım*, nşr., Nureddin Tâlib, Katar: Vizâretü'l-evkâf ve ş-şuûni'l-İslâmiyye, 1428/2007, muhakkikin girişi, s. 7.

meseleleri derlediği *Zevâ'idü'l-Kâfi ve'l-Muharrer 'ale'l-Mukni'* adlı eseri<sup>63</sup> de Hanbelî literatüründe karşımıza çıkan bir diğer karşılaştırmalı zeyil çalışmasıdır. Türkî'ye göre İbn Ubeydân bu eserini yazarken muhtemelen kendisinden önce aynı konuda Muhammed b. Abdülkavî el-Makdisî el-Merdâvî'nin (ö. 699/1299-1300) yazmış olduğu, Sarsarî'nin şiiri gibi zeyil/zevâid niteliği taşıyan "İkdü'l-ferâid ve kenzü'l-fevâid" adlı meşhur kasideden faydalanmıştır.<sup>64</sup>

Şâfiî mezhebinin kaynaklarında yer alan farklı rivayet, görüş ve yaklaşımları birleştirip mezhep birikimini derli toplu bir şekilde yeniden kaleme aldığı eserleriyle tanınan Abdülkerim b. Muhammed er-Râfiî'nin (ö. 623/1226) *Fethu'l-azîz fi şerhi'l-Vecîz* (kısaca *eş-Şerhu'l-kebîr*) adlı eserinde olmayıp İbnü'r-Rif'a'nın (ö. 710) *el-Kifâye fi şerhi'l-Minhâc*'ında yer alan mesele ve görüşler Şerefüddin İsa b. Osman el-Gazzî (ö. 799/1397) tarafından müstakil bir eser halinde toplanmıştır.<sup>65</sup> Şevkânî her ne kadar bu eserden bahsederken "Ziyâdâtü'l-Kifâye ale'r-Râfiî" adını kullanmışsa<sup>66</sup> da niteliği itibarıyla karşılaştırmalı zeyil (zevâid) kategorisine girmektedir.

Râfiî gibi Şâfiî mezhebinin farklı rivayet, görüş ve yaklaşımlarını uzlaştıran eserleriyle tanınan Nevevî'nin (ö. 676/1277) fûrû-ı fıkha dair iki önemli eseri *Ravzatü't-tâlibîn* ile *Minhâcü't-tâlibîn* üzerine karşılaştırmalı bir inceleme yapan Necmeddin İbn Kâdî Aclûn (ö. 876/1472) ilkinde bulunup ikincisinde bulunmayan fikhî meseleleri *et-Tâc fi zevâ'idü'r-Ravza 'ale'l-Minhâc* adlı zeylinde bir araya getirmiştir.<sup>67</sup>

Kâdî Beyzâvî'nin (ö. 685/1286) *Minhâcü'l-vüsûl* adlı meşhur fıkıh usulü eseri üzerine *Nihâyetü's-sûl* adlı bir şerh kaleme alan müteahhirün dönemi Şâfiî fakihlerinin önde gelenlerinden Cemâleddin el-İsnevî (ö. 772/1370) bu şerhini tamamladıktan sonra bu kitabına bir ek (şef') olmak üzere Beyzâvî'nin eserinde yer almayan ancak diğer üç muteber fıkıh usulü kitabında (Fahreddin er-Râzî'nin *el-Mahsûl*ü, Âmidî'nin *el-İhkâm*'ı ve İbnü'l-Hâcib'in *el-Muh-tasar*'ı) bulunan meseleleri müstakil bir kitap halinde topladığını ve Beyzâvî'nin konu tasnifini esas alarak yazdığı bu yeni eserine *Zevâ'idü'l-usûl 'alâ Minhâci'l-vüsûl* adını verdiğini belirtir.<sup>68</sup>

Karşılaştırmalı zeyil kategorisinde değerlendireceğimiz son örnek öncekilerden farklı bir nitelik taşımaktadır. Azerbaycan asıllı Şâfiî âlimi Yûsuf b. İbrâhim el-Erdebilî (ö. 779/1377 [?]) döneminde muteber bir kaynak kabul edilen *el-Envâr li-a'mâli'l-ebâr* adlı eserinde bir kitabı

<sup>63</sup> Türkî, *el-Mezhebü'l-Hanbelî*, II, 338-341; *TDV İslâm Ansiklopedisi*, Ferhat Koca, "İbn Kudâme, Muvaffakuddin" maddesi.

<sup>64</sup> Türkî, *el-Mezhebü'l-Hanbelî*, II, 309.

<sup>65</sup> İbn Hacer el-Askalânî, *ed-Dürerü'l-kâmine fi a'yâni'l-mietî's-sâmine*, Haydarabad-Dekken: Dâiretü'l-meârifî'l-Osmâniyye, 1392/1972, IV, 241; Şevkânî, *el-Bedru't-tâli' bi-mehâsini men ba'de'l-karnî's-sâbi'*, Beyrut: Dâru'l-Ma'rife, ts., I, 515). Daha ziyade *Edebü'l-Kâdî* adlı eseriyle tanınan Gazzî ayrıca Nevevî'nin diğer meşhur eseri *el-Minhâc* üzerine üç ayrı şerh, İsnevî'nin *el-Mühimma*'ı üzerine de *Medinetü'l-ilm* adında reddiye (taakkub) niteliğinde bir muhtasar kaleme almıştır.

<sup>66</sup> Şevkânî, *el-Bedru't-tâli'*, I, 515.

<sup>67</sup> Kâtip Çelebi, *Keşfü'z-zünûn*, I, 930; *TDV İslâm Ansiklopedisi*, Saffet Köse, "İbn Kâdî Aclûn, Necmeddin" maddesi.

<sup>68</sup> İsnevî, *Zevâ'idü'l-usûl alâ Minhâci'l-vüsûl ilâ ilmi'l-usûl*, thk., M. Sinan Seyf el-Celâlî, Beyrut: Müessesetü'l-kütübî's-sekâfiyye, 1413/1993, s. 165-167. İsnevî, sürekli derslerinde okuttuğu *Minhâc*'ta bulunmayan ve *Zevâid* de bir araya getirdiği meseleleri aslında *Nihâye*'de de yer geldikçe ziyâdât şeklinde zikretmiş, hatta bunlara ilaveten Kâdî Beyzâvî'nin söz konusu üç temel esere muhalif görüşlerine de işaret etmiştir (bk. İsnevî, *Nihâyetü's-sûl şerhu Minhâci'l-vüsûl*, Beyrut: Dâru'l-Kütübî'l-ilmîyye, 1420/1999, s. 5-6).

değil Şâfiî mezhebinin yedi muteber kaynağını esas alarak ve bu kitapları yirmi küsur kitapla karşılaştırmalı olarak inceleyerek adeta çoklu bir zeyil/zevâid çalışması yapmıştır. Erdebîlî *el-Envâr*'da tedarik ve fetvâ faaliyetlerinde en çok ihtiyaç duyulan ve karşılaşılan (umumu'l-belvâ) fikhî meseleleri bir araya getirmiş ve aynı zamanda söz konusu yedi kaynakta yer almayan ama kendisinin önemli gördüğü meseleler (zevâid) ile bu meselelere dair mezhebin muteber görüşlerini tespite çalışmış, ayrıca söz konusu kaynaklardaki eksiklik ve hataları telafi etmek istemiş ve tüm bu amaçları gerçekleştirmek üzere neredeyse tamamı müteahhirün (şeyhayn) öncesi döneme ait yirmiyi aşkın esere müracaat etmiştir.<sup>69</sup> Bu yönüyle bakıldığında *el-Envâr*'ı yedi kitap üzerine yirmi küsur kitabın zevâidi olarak değerlendirmek mümkündür. Nitekim Ebû Hafs Sirâceddin Ömer b. Muhammed el-Fetâ ez-Zebîdî (ö. 887/1482) *el-Envâr*'ın ihtiva ettiği zevâidi ayıklayarak *Envâru'l-Envâr* adını verdiği müstakil bir kitapta bir araya getirmiştir.<sup>70</sup>

### C. MÜELLİFİN YARIM BIRAKTIĞI BİR KİTABI TAMAMLAMAK SURETİYLE ZEYİL YAPMAK

Yirmi beş örnek eser üzerinde yaptığımız incelemeden hareketle şunu rahatlıkla söyleyebiliriz ki diğer ilim dallarında olduğu gibi<sup>71</sup> fikhî edebiyatı söz konusu olduğunda da “tekmile” ve “tetimme” kelimeleri genellikle eksik bir kitabı tamamlamak için yapılan zeyil çalışmalarını tanımlamak ya da adlandırmak için kullanılmıştır. Ayrıca tekmile ve tetimme adıyla anılan bu tür zeyillerin kronolojik olarak diğer zeyil türlerinden daha sonra (8./14. yüzyıldan itibaren) ortaya çıktığı ya da yaygınlaştığı anlaşılmaktadır. En azından bizim tespit edebildiğimiz meşhur örnekler arasında daha önceki dönemlere ait bu nitelikte bir eser bulunmadığını söyleyebiliriz. Bu tür tekmilelerin genellikle ilgili mezhebin temel metinlerinden birisi üzerine yazılmaya başlanan ama tamamlanamayan “şerhler” üzerine kaleme alınmış olmaları bu durumu kısmen açıklayabilir.

Söz konusu yirmi beş eserin on tanesi Hanefî mezhebine, on biri Şâfiî mezhebine, dört tanesi de Mâlikî mezhebine müntesip âlimlerce kaleme alınmıştır. Bunların çoğunluğu “tekmile” (bazısı “tetimme”) adıyla anıldığı halde, İslam hukuku zeyil edebiyatı için yaptığımız tasnifte bu kategori için “Tekmile Türü Zeyiller” gibi bir başlık kullanmadık. Çünkü tekmile veya tetimme adlarıyla anıldıkları halde yukarıda ele aldığımız farklı kategoriler altında değerlendirilebilecek zeyil türü eserler de bulunmaktadır. Ayrıca incelediğimiz örneklerle sınırlı olmak kaydıyla, bu iki kelimenin kitap adlarında ya da tanımlamalarında birbiri yerine ve eş anlamlı olarak kullanıldığını ifade edebiliriz.

Tekmile ve tetimme adlı eserlerin en yaygın olduğu Hanefî mezhebi literatüründe bu türün en meşhur örnekleri muhtemelen İbnü'l-Hümâm'ın *el-Hidâye* şerhi *Fethü'l-kadîr* üzerine yazılan tekmile ile İbn Âbidîn'in *Reddü'l-muhtâr*'ı üzerine oğlu İbn Âbidinzâde'nin

<sup>69</sup> Yûsuf b. İbrahim el-Erdebîlî, *el-Envâr li-a'mâli'l-ibrâr*, thk., Halef Müfdî el-Mutlak, Küveyt: Dâru'z-Ziyâ', 1427/2006, I, 11-13. *el-Envâr*'ın esas aldığı söz konusu yedi eser Râfiî'nin *eş-Şerhu'l-kebîr*, *eş-Şerhu's-sağîr* ve *el-Muharrer* adlı eserleri ile Nevevî'nin *Ravzatü't-tâlibîn*'i, Kazvîni'nin *Şerhu'l-Lübâb* ve *el-Hâvi's-sağîr* adlı eserleri ve sonuncu eser üzerine yazılmış bir ta'likadır. Ayrıca bk. İbn Hacer el-Askalânî, *ed-Düerü'l-kâmine*, VI, 258.

<sup>70</sup> Kâtip Çelebi, *Keşfü'z-zunûn*, I, 195-196. Krş. TDV *İslâm Ansiklopedisi*, Saffet Köse, “Erdebîlî, Yûsuf b. İbrahim” maddesi.

<sup>71</sup> Bk. *The Encyclopaedia of Islam*, 2th edition. Cl. Gilliot. “Sila (In Literature)” maddesi.

yazdığı tekmiledir. Eksik/yarım kalmış bir kitabın tamamlanması niteliğini taşıyan diğer Hanefî zeyil kitapları da mezhebin temel metinlerinden *el-Hidâye*, *Kenzü'd-dekâik* ya da şerhi *el-Bahru'r-râik* ile muhakeme hukukuna dair *Lisânü'l-hukkâm* üzerine yazılmıştır.

Celâleddin Ömer b. Muhammed el-Habbâzî'nin (ö. 691/1292) *el-Kifâye* adını verdiği (genellikle *Hâşiye/Havâşî ale'l-Hidâye* diye anılır) ve tamamlayamadığı *Hidâye* şerhini İbnü'r-Rabve diye tanınan Ebû Abdullah Nâsıruddîn Muhammed b. Ahmed el-Konevî (ö. 764/1363) tamamlamış ve yazdığı esere *Tekmiletü'l-fevâ'id* adını vermiştir.<sup>72</sup> Habbâzî'nin şerhinin şöhretinden bahseden Hanefî tabakât kaynaklarında bu şerhin eksik olduğuna ve İbnü'r-Rabve tarafından tamamlandığına dair bir bilgiye rastlayamadık.<sup>73</sup> Ancak Türkiye kütüphanelerinde çok sayıda el yazma nüshası bulunan Habbâzî şerhini inceleyince eserin “Kitâbü'l-Vesâyâ” bölümüyle sona erdiği gördük.<sup>74</sup> Öyle anlaşılıyor ki *el-Hidâye*'nin son bölümü olan “Kitâbü'l-Hunsâ” ve ardından gelen “Mesâil Şettâ (Çeşitli Meseleler)” bölümü Habbâzî şerhinde yer almadığı için İbnü'r-Rabve muhtemelen kitabın bu eksik kısmını tamamlamış ve bu bölümler üzerine bir şerh yazmış olmalıdır. *Tekmiletü'l-fevâ'id* de Habbâzî şerhinin diğer kısımlarına da bazı bilgiler (fevâid) eklenmiş olabileceğini söylemek mümkün olmakla birlikte Kâtip Çelebi'nin “*Hidâye*'yi sonuna kadar tamamladı” ifadesi İbnü'r-Rabve'nin asıl amacının en sondaki eksik kısmı tamamlamak olduğunu düşündürmektedir.

Aslen Mardin'li olup Kahire'ye yerleşen ve pek çok âlim yetiştiren Türkmânî ailesinin mensuplarından Cemâleddin Abdullah İbnü't-Türkmânî (ö. 769/1367-68) ise *el-Hidâye* üzerine önce bir muhtasar (*el-Kifâye*) yazıp ardından şerh etmeye başlayan babası Alâeddin İbnü't-Türkmânî'nin (ö. 750/1349) vefatı sebebiyle yarım bıraktığı *Şerhu'l-Hidâye*'yi tamamlayarak tekmile türü bir zeyil yapmıştır.<sup>75</sup>

Ebü's-Seâdât Sa'd b. Muhammed İbnü'd-Deyrî (ö. 867/1463) Kahire'de kâdilkudâtlık ve Hanefî medreselerinde müderrislik yapan Ebü'l-Abbas Ahmed b. İbrahim es-Serûcî'nin (ö. 710/1310) *el-Gâye* adını verdiği ve “Kitâbü'l-Eymân” bölümüne kadar yazabildiği *el-Hidâye* şerhini tamamlamak üzere bir tekmile çalışmasına başlamış, ancak o da bu çalışmayı tamamlayamamış ve “Kitâbü's-Siyer” bölümünün mürtedlerle ilgili kısmına kadar altı ciltlik bir zeyil yazabilmiştir.<sup>76</sup>

Memlük Kâhire'sinde kadılık ve müderrislik yapan Kemâleddin İbnü'l-Hümâm (ö. 861/1457) verdiği *el-Hidâye* dersleriyle şöhret bulan ve Kâriülhidâye lakabıyla anılan Sirâceddin Ömer b. Ali el-Kinânî'den (ö. 829/1426)<sup>77</sup> on dokuz yıl boyunca *el-Hidâye* eğitimi aldıktan sonra en tanınmış ve hacimli *el-Hidâye* şerhlerinden birisi olan *Fethu'l-kadîr li'l-âcizi'l-fakîr* adını verdiği eserini yazmaya başlamış, ancak “Kitâbü'l-Vekâle” bölümünden sonrasına

<sup>72</sup> Kâtip Çelebi, *Keşfü'z-zünûn*, II, 2033.

<sup>73</sup> Mesela bk. Kureşî, *el-Cevâhiru'l-mudiyye*, II, 669; İbn Kutluboğa, *Tâcü't-terâcim*, thk., M. Hayr Ramazan Yûsuf, Dımaşk: Dâru'l-Kalem, 1413/1992, s. 661. Habbâzî'nin şerhinin farklı adlarla anılan yazma nüshaları hakkında bk. *TDV İslâm Ansiklopedisi*, Mahmut Rıdvanoğlu, “Habbâzî” maddesi.

<sup>74</sup> Mesela bk. Habbâzî, *Hâşiye ale'l-Hidâye*, Kayseri Ktp., Râşid Efendi, nr. 295, vr. 313<sup>b</sup>-318<sup>b</sup>; *Şerhu'l-Hidâye*, Süleymaniye Ktp., Şeyhülislam Esad Efendi, nr. 89, vr. 314<sup>a</sup>-319<sup>a</sup>; Hacı Beşir Ağa, nr. 276, vr. 315<sup>a</sup>-320<sup>b</sup>.

<sup>75</sup> Kureşî, *el-Cevâhiru'l-mudiyye*, II, 581-583; IV, 164; Kâtip Çelebi, *Keşfü'z-zünûn*, II, 2035.

<sup>76</sup> Kâtip Çelebi, *Keşfü'z-zünûn*, II, 2033; Özel, *Hanefî Fıkıh Alimleri*, s. 125.

<sup>77</sup> *TDV İslâm Ansiklopedisi*, Hüseyin Kayapınar, “Kâriülhidâye” maddesi; Özel, *Hanefî Fıkıh Alimleri*, s. 172-173.

ömrü vefa etmemiştir. İbnü'l-Hümâm'ın özellikle ahkâm âyetleri ve ahkâm hadisleri alanındaki vukûfiyetini, fikhî meseleleri ve farklı mezhep görüşlerini delilleriyle birlikte tartışma konusundaki üstünlüğünü ortaya koyan iki mücellid hacmindeki *Fethü'l-kadîr* Osmanlı şeyhülislamı Kadızâde Ahmed Şemseddin (ö. 988/1580) tarafından tamamlanmıştır. Meşhur şeyhülislamlardan Çivizâde Muhyiddin Mehmed Efendi ile Ebussuûd Efendi'nin talebesi olan Kadızâde'nin *Netâ'icü'l-efkâr fi keşfi'r-rumûz ve'l-estâr* adını verdiği bu eser *Tekmiletü Fethi'l-kadîr* veya *Tekmiletü İbni'l-Hümâm* diye de bilinir.<sup>78</sup>

Osmanlı ulemasından ve Anadolu kazaskerliği yapmış Muhaşşî Sinan Efendi'nin (ö. 986/1578) *el-Hidâye* şerhi üzerine yapılan tekmile çalışması da Hanefî mezhebinin bu meşhur ve muteber eseri üzerine Osmanlı muhitinde yazılmış zeyil türü eserlerden biridir. Kâtip Çelebi, Sinan Efendi'nin şerhini yeğeni (erkek kardeşinin oğlu) Muhammed b. Mustafa'nın (ö. 1039/1629-30) tamamladığını söyler ve kullandığı ifade Sinan Efendi'nin baştan itibaren bir *el-Hidâye* şerhi yazmaya niyetlendiği ama tamamlayamadığı izlenimi verir.<sup>79</sup> Buna mukabil Ali b. Bâlî (ö. 992/1584) *Şekâik zeyli el-Ikdü'l-manzûm*'da onun sadece *el-Hidâye*'nin son kısımlarında yer alan “Kitâbü'l-Kerâhe” ve “Kitâbü'l-Vesâyâ” bölümlerini şerh ettiğini kaydeder ve tekmileden söz etmez.<sup>80</sup> Nev'izâde Atâyî (ö. 1045/1635) ise *Şekâik zeylinde* Sinan Efendi'nin *el-Hidâye*'nin sadece birkaç kitabını (isim vermeden) şerh ettiğini ve daha sonra ahfâdından Kethüdâ Mustafa Efendi'nin oğlu Mahmud Çelebi'nin *el-Hidâye*'nin önceki ve sonraki bölümlerini şerh ederek Sinan Efendi'nin kitabına zeyil ve tekmile yaptığını belirtir.<sup>81</sup>

Memlükler dönemi Hanefî âlimlerinden Lisânüddin İbnü's-Şihne (ö. 882/1477) Halep kadılığı sırasında yazmaya başladığı ve otuz bölüm olarak planladığı, yargı hukukuna dair *Lisânü'l-hukkâm* adlı eserini tamamlayamadan vefat etmiştir. Daha sonra eserin “Kitâbü'l-Kerâhiyye” adlı yirmi birinci bölümünden sonraki dokuz bölümünü tamamlamak üzere iki ayrı tekmile çalışması yapılmıştır. Burhâneddin İbrâhim el-Hâlî el-Halebî (ö. 1015/1606) bu amaçla kaleme aldığı ve 1015/1606-1607 yılında tamamladığı zeyline *Gâyetü'l-merâm fi tetimmeti Lisâni'l-hukkâm* adını vermiştir (*Tekmiletü Lisâni'l-hukkâm* diye de bilinir).<sup>82</sup>

Daha ziyade *Mültekâ* şerhi ile tanınan Nûreddin Mahmûd b. Berekât el-Bâkânî'nin (ö. 1003/1594) de *Lisânü'l-hukkâm* üzerine bir tekmilesi bulunmaktadır. Bâkânî aynı zamanda *el-Bahru'r-râik* üzerine de bir tekmile yazmıştır.<sup>83</sup> Ebü'l-Berekât en-Neseffî'nin (ö. 710/1310) Hanefî mezhebinin temel metinlerinden (mütûn-i selâse) biri olan *Kenzü'd-dekâik*'i üzerine *el-Bahru'r-râik* adlı bir şerh yazan Zeynüddin İbn Nuceym'in (ö. 970/1563) bu eserini

<sup>78</sup> Kâtip Çelebi, *Keşfü'z-zünûn*, II, 2034; Abdüllatîf b. Muhammed Riyâzîzâde, *Esmâü'l-kütübi'l-mütemmim li Keşfi'z-zunûn*, thk., Muhammed Altuncî, Kahire: Mektebü'l-Hâncî, 1395/1975, s. 134. Bayramzâde Zekeriyâ Efendi (ö. 1001/1593) Kadızâde'nin *Tekmile*'sine reddiye olmak üzere *el-Hidâye* üzerine “Kitâbü'l-Vekâle” bölümünden başlayarak bir şerh yazmıştır (bk. Kâtip Çelebi, *a.g.e.*, II, 2036).

<sup>79</sup> Kâtip Çelebi, *Keşfü'z-zünûn*, II, 2036.

<sup>80</sup> Ali b. Bâlî, *el-Ikdü'l-manzûm fi zikri efâzili'r-Rûm: Ali b. Bâlî'nin Şakâ'ik Zeyli*, ed. Derya Örs, haz., Suat Donuk, İstanbul: Türkiye Yazma Eserler Kurumu Başkanlığı, 2018, s. 624.

<sup>81</sup> Nev'izâde Atâyî, *Hadâ'iku'l-Hakâ'ik fi Tekmiletü's-Şakâ'ik*, ed., Derya Örs, haz., Suat Donuk, İstanbul: Türkiye Yazma Eserler Kurumu Başkanlığı, 2017, I, 779.

<sup>82</sup> Kâtip Çelebi, *Keşfü'z-zunûn*, II, 1549; Ömer Rıza Kehhâle, *Mu'cemü'l-müellifin*, Beyrut: Mektebetü'l-Müsenâ, ts., I, 28; *TDV İslâm Ansiklopedisi*, Şükrü Özen, “İbnü's-Şihne, Lisânüddin” maddesi.

<sup>83</sup> Özel, *Hanefî Fıkah Alimleri*, s. 279.



tamamlayamadığı bilinmektedir (“el-İcâretü’l-fâside” bölümünden sonrası eksiktir). Kâtip Çelebi sadece İbn Nüceym’in şerhinin eksik olduğu bilgisini verirken Muhibbî ve Bağdatlı İsmail Paşa *el-Bahrü’r-râik* üzerine Bâkânî’nin tekmile türü bir zeyil yazdığını da kaydederler, ancak tekmilenin niteliği hakkında bilgi vermezler.<sup>84</sup> *el-Bahrü’r-râik* üzerine Muhammed b. Hüseyin b. Ali et-Tûrî (ö. 1138/1726’dan sonra) de bir tekmile yazmıştır.<sup>85</sup>

Son dönem Osmanlı Hanefî âlimlerinin önde gelenlerinden Muhammed Emîn İbn Âbidîn’in (ö. 1252/1836) *Reddü’l-muhtâr ‘ale’d-Dürri’l-muhtâr* adlı eseri üzerine oğlu İbn Âbidinzâde’nin (ö. 1306/1889) tekmile olarak yazdığı *Kurretü ‘uyûni’l-ahyâr li-tekmileti Reddi’l-muhtâr* iki ayrı kategoride değerlendirilebilecek bir zeyil niteliği taşıyor. İbn Âbidîn Hanefî mezhebinin en çok müracaat edilen kaynaklarından birisi haline gelen *Reddü’l-muhtâr*’ı Alâeddin el-Haskefî’nin (ö. 1088/1677) *ed-Dürri’l-muhtâr* adlı şerhi üzerine haşiye olarak yazmıştır. Önce *ed-Dürri’l-muhtâr* nüshaları üzerine notlar alarak bu haşiyenin müsveddesini oluşturan İbn Âbidîn *Reddü’l-muhtâr*’ı müstakil bir eser haline getirmeye karar verince kitabın ortalarında yer alan “Kitâbü’l-İcâre” adlı bölümden itibaren sonuna kadar bu notlarını temize çekmiş ve daha sonra kitabın en başından başlayarak “Kitâbü’l-İcâre”ye kadar olan kısmı tamamlamaya niyetlenmiştir. Ancak “Kitâbü’l-Kazâ” bölümünün sonunda yer alan “Mesâil Şettâ” kısmına geldiğinde vefat etmiştir. *Reddü’l-muhtâr* Bulak Matbaası tarafından yayımlanacağı zaman oğlu İbn Âbidinzâde babasının temize çekemediği bölümleri (“Kitâbü’l-Kazâ”nın “Mesâil Şettâ” başlığından “Kitâbü’l-Hibe”nin sonuna kadar) onun müsveddelerini yani *ed-Dürri’l-muhtâr* üzerindeki notlarını olduğu gibi temize çekerek kitabın eksik basılmasını önlemiştir. Ancak yaptığı bu çalışma İbn Âbidinzâde’nin içine sinmemiş ve *Reddü’l-muhtâr*’a kendisinin eklediği bu bölümleri daha sonra yeniden yazarak *Kurretü ‘uyûni’l-ahyâr li-tekmileti Reddi’l-muhtâr* adını verdiği zeyli ortaya çıkarmıştır. Kitabının mukaddimesinde tüm bu serencamı anlatan İbn Âbidinzâde bu eserinde babasının kitabını mezhebin muteber kitaplarından derlediği yeni mesele ve açıklamalar (ziyâdât) ile bazı faydalı bilgileri (fevâid) ilave ederek, bazı eksiklik ve hatalara (istidrâkât) işaret edip gereksiz fazlalıklardan (zevâid) da kaçınarak ikmâl etmiş ve yaptığı bu çalışmaya “tekmile” adını vermiştir.<sup>86</sup> İbn Âbidinzâde’nin bu eserini tamamlanmış bir kitabı geliştirmek amacıyla içerik ilavesi (ziyâdât) yapılarak oluşturulan zeyil kategorisinde değerlendirmek de mümkün olmakla birlikte müellifi tarafından eksik bırakılmış bir kitabı tamamlamak üzere kaleme alınan bir zeyil olarak kabul etmek daha doğru görünüyor.

Şâfiî mezhebi literatüründe tekmile türü zeyillerin en tanınmış örnekleri Ebû İshak eş-Şîrâzî’nin (ö. 476/1083) mezhebin temel metinlerinden birisi olan *el-Mühezzeb*’i üzerine Nevvî’nin (ö. 676/1277) yazmaya başlayıp tamamlayamadığı *el-Mecmû’* adlı şerhin tekmileleridir. “Kitâbü’l-Bey’ (alim-satım)” bölümünün “Bâbü’r-ribâ” (faiz) kısmından sonrası (yaklaşık üçte ikilik kısmı) eksik olan *el-Mecmû’* üzerine ilk tekmileyi yazmaya başlayan Takıyyüddin

<sup>84</sup> Kâtip Çelebi, *Keşfü’z-zunûn*, II, 1515; Muhammed Emin Muhibbî, *Hulâsatü’l-eser fi a’yâni’l-karni’l-hâdi aşer*, Beyrut: Dâru Sâdır, ts, IV, 318; Bağdatlı İsmail Paşa, *Hedyyetü’l-ârifîn*, II, 414.

<sup>85</sup> Özel, *Hanefî Fıkıh Âlimleri*, s. 337-338.

<sup>86</sup> Alâeddin Muhammed b. Muhammed İbn Âbidinzâde, *Kurretü uyûni’l-ahyâr tekmiletü Reddi’l-muhtâr*, thk., Adil A. Abdülmevcûd – Ali M. Muavvad, Riyad-Beyrut: Dâru Âlemi’l-kütüb – Dâru’l-Kütübî’l-ilmiyye, 1423/2003, XI, 4-7. Ayrıca bk. Özel, *Hanefî Fıkıh Âlimleri*, s. 357-358.

es-Sübki (ö. 756/1355) henüz “Kitâbü'l-Bey” bölümünü bile bitiremeden vefat etmiştir. Ardından Zeynüddin el-İrâki (ö. 809) hocası Sübki'nin yarım kalan tekmilesini onun üslubuyla tamamlamak üzere çalışmaya başlamış ama o da ancak belirli bir yere kadar getirebilmiştir.<sup>87</sup> *el-Mecmû'* ya da *Tekmiletü'l-Mecmû'* nihayet çağdaş Şâfiî âlimlerinden Muhammed Necîb el-Mutî (ö. 1407/1986) tarafından Sübki'nin bıraktığı yerden (“Bâbü Bey'i'l-mürâbaha”) sonuna kadar tamamlanmıştır.<sup>88</sup>

Takiyyüddin es-Sübki'nin tamamlamadığı diğer iki eseri üzerine de oğulları tarafından tekmileler yazılmıştır. Kâdi Beyzâvi'nin (ö. 685/1286) meşhur fıkıh usulü eseri *Minhâcü'l-vusûl* üzerine yazmaya başladığı şerh (*el-İbhâc*) büyük ölçüde oğlu Tâceddin es-Sübki tarafından tamamlanmıştır.<sup>89</sup> Nevevi'nin *Minhâcü't-tâlibîn* adlı meşhur eserinin “Kitâbü't-Talâk” bölümüne kadar tamamlayabildiği *el-İbtihâc* adlı şerh üzerine de oğlu Bahâeddin es-Sübki bir tekmile yazmaya başlamış ancak onun ömrü de tamamlamaya vefa etmemiştir.<sup>90</sup> *el-İbtihâc* üzerine İbn Hatîbüddehşe lakabıyla tanınan Nureddin Mahmud b. Ahmed el-Feyyûmî (ö. 834/1431) de bir tekmile kaleme almıştır.<sup>91</sup> Nevevi'nin *Minhâc*'ı üzerine başlanıp yarım kalan şerh çalışmalarından birisi de Cemaleddin el-İsnevî'nin *Kâfi'l-muhtâc* adlı eseridir ve öğrencisi Bedreddin ez-Zerkeşi (ö. 794/1392) tarafından tamamlanmıştır.<sup>92</sup>

Şâfiî mezhebi fıkıh edebiyatında eksik kalmış bir kitabın tamamlanması amacıyla yazılan tekmile/tetimme türünde başka eserler de mevcuttur. Ebü'l-Kâsım el-Fûrânî'nin (ö. 461/1069) yaygın olarak kullanılan *el-İbâne*'si üzerine talebesi Abdurrahman b. Me'mûn el-Mütevellî'nin (ö. 478/1086) yazdığı *Tetimmatü'l-İbâne* adlı şerh<sup>93</sup> eksik olmasına rağmen mezhebin en çok müracaat edilen kaynaklarındandı.<sup>94</sup> Ebü'l-Fütûh Es'ad b. Mahmûd el-İclî el-İsfahânî (ö.

<sup>87</sup> Şemseddin es-Sehâvi, *ed-Dav'u'l-lâmi'*, Beyrut: Dâru Mektebeti'l-hayât, ts., IV, 173. Sehâvi, Irakî'nin *Tekmiletü'l-Mecmû'* ü nereye kadar getirebildiğini söylemiyor.

<sup>88</sup> Kâtip Çelebi, *Keşfü'z-zunûn*, II, 1913; *TDV İslâm Ansiklopedisi*, Bilal Aybakan, “el-Mühezzeb” maddesi. İbn Kâdi Şühbe tam olarak nerede bıraktığını söylemeden eksik olduğunu ifade eder (İbn Kâdi Şühbe, *Tabakâtü's-Şâfiyye*, III, 41).

<sup>89</sup> İbn Kâdi Şühbe, *Tabakâtü's-Şâfiyye*, III, 106.

<sup>90</sup> Şemseddin es-Sehâvi, *el-Menhelü'l-azbü'r-revîy fi tercemeti'l-kutbi'l-evliya' en-Nevevi*, thk., Muhammed el-İd el-Hatrâvi, Medine: Mektebetü Dârü't-türâs, 1409/1989, s. 68. Kâtip Çelebi, Sübki'nin yarım kalan şerhinin oğlu tarafından tamamlandığını ifade eder (*Keşfü'z-zunûn*, II, 1873).

<sup>91</sup> Sehâvi, İbn Hatîbüddehşe'nin tekmilesinin tamamlanıp tamamlanmadığı hususunda bilgisi olmadığını kaydeder (*el-Menhelü'l-azbü'r-revîy*, s. 68). Ayrıca bk. Şevkânî, *el-Bedru't-tâli'*, II, 294.

<sup>92</sup> İbn Kâdi Şühbe, Zerkeşi'nin tetimmesinin ilk dörtte birlik kısmının (er-Rub'u'l-evvel) henüz müsvedde halindeyken kaybolduğunu söyler (bk. İbn Kâdi Şühbe, *Tabakâtü's-Şâfiyye*, III, 168). Sehâvi de Zerkeşi'nin bu tekmileden sonra *Minhâc* üzerine müstakil bir şerh yazdığını, ancak tekmilenin daha meşhur olduğunu, ayrıca İsnevî'nin şerhi üzerine Zerkeşi dışında tekmileler yazanlar olduğunu belirtir (Sehâvi, *el-Menhelü'l-azbü'r-revîy*, s. 69-70).

<sup>93</sup> Mütevellî'nin bu eseri aslında bir şerh olmasına rağmen ismi “Tetimme”dir, çünkü *el-İbâne*'yi sadece şerh etmeyip aynı zamanda yeni meseleler ekleyerek (tefiri) tamamlamıştır (bk. İbn Kâdi Şühbe, *Tabakâtü's-Şâfiyye*, I, 249). Adlarında bu ifadeler geçerse bile tekmile, ziyâdât ya da zevâid nitelemesi yapılan pek çok şerh ya da muhtasar türü eser bulunmaktadır. Bu makalede bu tür eserlerin kapsam dışı tutulduğunu ve İslam hukuku zeyil edebiyatı hakkında daha kuşatıcı bir değerlendirme yapabilmek için bunların da incelenmesi gerektiğini ifade etmiştir.

<sup>94</sup> Kalkaşendî kendi döneminde en çok itibar edilen ve tedavülde bulunan fıkıh eserlerine dair listesinde Şâfiî mezhebi kitapları arasında *Tetimmatü'l-İbâne*'yi de sayar (bk. Ebü'l-Abbâs Şehâbeddin Ahmed b. Ali el-Kalkaşendî, *Subhu'l-a'sâ fi sinâati'l-inşâ'*, nşr., Muhammed Hüseyin Şemseddin, Beyrut: Dâru'l-Kütübi'l-ilmîyye, 1407/1987, I, 551).



622/1225) Mütevellî'nin bu eserini *Tetimmetü't-Tetimme* adıyla tamamlamıştır.<sup>95</sup> Takıyyüddin es-Sübki'nin hocası İbnü'r-Rif'a'nın (ö. 710/1310) mezhebin en çok kullanılan kaynaklarından biri olan *el-Matlab fi şerhi'l-Vasît* adlı şerhi (Gazzâlî'nin *el-Vasît*'i üzerine) Ebü'l-Abbas Necmeddin Ahmed b. Muhammed el-Kamûlî (ö. 727/1327) tarafından tamamlanmıştır.<sup>96</sup> Gazzâlî'nin *el-Vecîz*'i üzerine bir ihtisar çalışması yapan Abdürrahîm b. Muhammed el-Mevsilî'nin (ö. 671/1272) *et-Ta'cîz fi'htisâri'l-Vecîz* adlı bu eseri üzerine kendisinin yazmaya başladığı *et-Tatrîz* adlı şerhi talebesi Burhâneddin el-Ca'berî (ö. 732/1332) *Tetimmetü't-Tatrîz* adıyla tamamlamıştır.<sup>97</sup> Ömer b. Reslân el-Bulkînî'nin (ö. 805/1403) *et-Tedrîb fi'l-fürû'* u üzerine oğlu Sâlih b. Ömer el-Bulkînî (ö. 868/1464) *Tetimmetü't-Tedrîb* adıyla bir tekmile yazmıştır.<sup>98</sup>

Yarım kalan bir kitabın tamamlanması niteliğini taşıyan zeyillerle ilgili Malikî mezhebi literatürüne ait dört örneğimiz de yine mezhebin önemli kaynak metinleri üzerine yazılmaya başlanan ancak tamamlanamayan şerhlerin tekmileleridir. Bunlardan ilki mezhebin klasik döneminde adeta kurucu bir metin haline gelen ve “el-Kitâb” adıyla şöhret bulan *Muhtasarü Halîl* üzerine yazılan çok sayıdaki şerhten biri olan *Şifâ'ü'l-ğalîl* dir. Şemseddin Muhammed b. Ahmed el-Bisâtî'nin (ö. 842/1439) yarım bıraktığı *Şifâ'ü'l-ğalîl*'i talebesi Ebü'l-Kâsım Muhammed b. Muhammed en-Nüveyrî (ö. 857/1453) bir tekmile yazarak tamamlamıştır.<sup>99</sup> Ebü Saîd Halef b. Süleyman el-Berâzî'nin (ö. 430/1039'dan önce) mezhebin erken dönem temel metinlerinden birisi olan *et-Tehzîb fi'htisâri'l-Müdevvené*'si üzerine Ebü Mehdî İsa b. Sâlih el-Vânnûgî'nin (803/1400'de yaşıyor) eksik bıraktığı hâşiyeye Muhammed b. Be'l-Kâsım (Ebü'l-Kâsım) el-Bicâi el-Meşeddâlî (ö. 866/1461-62) bir tekmile yazmıştır.<sup>100</sup> Mezhebin klasik döneminde en çok itibar edilen kaynaklarından birisi olan Ebü'l-Berekât Ahmed b. Salih ed-Derdîr'in (ö. 1201/1786) kendi eseri *Akrebü'l-mesâlik* için yazdığı şerh (*eş-Şerhu's-sağîr*) üzerine de talebelerinden Ebü'l-Hayrât Mustafa el-Ukbâvî (ö. 1221/1846) tarafından bir tekmile (tekmîl) yazılmıştır.<sup>101</sup> Behrâm ed-Demîrî'nin *eş-Şâmil*'i üzerine Abdurrahman b. Muhammed İbn Henû el-Yâzîgî'nin (ö. 1231/1816) tamamlayamadığı şerhi ise Ebü'l-Hasan Ali b. Abdüsselâm et-Tüsülî (ö. 1258/1842) yazdığı tekmile ile tamamlamıştır.<sup>102</sup>

<sup>95</sup> İbnü's-Salâh, *Tabakâtü'l-fukahâi's-Şâfiyye*, I, 542; İbn Hallikân, *Vefeyâtü'l-a'yân*, thk., İhsan Abbas. Beyrut: Dâru Sâdir, 1994, I, 208-209; III, 133-134.

<sup>96</sup> *TDV İslâm Ansiklopedisi*, Bilal Aybakan, “el-Vasît” maddesi. İbn Kâdî Şühbe *el-Matlab*'ın eksik olduğunu söyler ama üzerine yazılan tekmileden bahsetmez (*Tabakâtü's-Şâfiyye*, II, 212). *el-Matlab*'ın 8-9./14-15. yüzyıllarda en yaygın kullanılan Şâfi kaynaklarından birisi olduğu hususunda bk. Kalkaşendî, *Subhu'l-a'sâ*, I, 552.

<sup>97</sup> *TDV İslâm Ansiklopedisi*, Ahmet Özel, “Mevsilî, Abdürrahim b. Muhammed” maddesi.

<sup>98</sup> Şevkânî, *el-Bedru't-tâli*, I, 286.

<sup>99</sup> Desûkî, *Hâşiyetü'd-Desûkî ale's-Şerhi'l-kebîr*, yy: Dâru'l-Fikr, ts., III, 291; Ahmed Bâbâ et-Tinbüktî, *Neylü'l-ibtihâc bi'tatrîzi'd-Dibâc*, nşr., Abdülhamîd Abdullah el-Herâme, Trablus: Dâru'l-Kâtib, 2000, s. 532.

<sup>100</sup> Tinbüktî, *Neylü'l-ibtihâc*, s. 486, 538; Muhammed İbrâhim Ali, *Istulâhu'l-mezheb inde'l-Mâlikîyye*, Dübey: Dâru'l-bühûs lî'd-dirâsâti'l-İslâmiyye, 1421/2000, s. 448-449.

<sup>101</sup> Ahmed b. Muhammed es-Sâvî, *Hâşiyetü's-Sâvî ale's-Şerhi's-sağîr*, yy: Dâru'l-Ma'ârif, ts., IV, 354, 812; Muhammed Mahlûf, *Şeceretü'n-nûri'z-zekiyye fi tabakâti'l-Mâlikîyye*, nşr., Abdülmecîd Hayâlî, Beyrut: Dâru'l-Kütübî'l-ilmîyye, 1424/2003, I, 516-517, 519.

<sup>102</sup> Behrâm ed-Demîrî, *eş-Şâmil fi fikhi'l-İmâm Mâlik*, nşr., Ahmed b. Abdülkerîm Necîb, Kahire: Merkezü Necibevyeh, 1429/2008, Neşredenin girişi, s. 23-26.

## SONUÇ

Her biri kendine özgü bir gelenek oluşturarak varlığını sürdüren İslam ilimlerinin farklı alanlarında üretilmiş metinler ve kitaplar da bu ilim gelenekleriyle doğrudan ilişkili ve hocalara talebe ilişkisine dayanan özgün bir telif geleneğine bağlı olarak gelişmiştir. Yazıldıkları alanda ve bağlı oldukları ilim geleneği içerisinde zamanla itibar, şöhret ve otorite kazanan bazı kitaplar ise hayatiyetlerini hiç kaybetmemişler, daha sonra farklı yazım formları çerçevesinde üretilen pek çok eser bu kaynak metinler üzerine inşa edilmiştir. Bu yazım formlarından birisi olan zeyil edebiyatı daha ziyade tarih, biyografi (tabakât), Arap edebiyatı ve hadis alanları ile ilgili olarak incelenmiş, ancak İslam hukuku (fıkıh) alanında yazılan zeyil türü eserler üzerine yeterince inceleme yapılmamıştır.

Bu makale Sünnî fıkıh mezheplerine müntesip fakihlerce kaleme alınan belirli sayıda eserin sebep-i telif, nitelik ve muhteva açısından incelenmesi neticesinde elde edilen bulgulara dayalı olarak İslam hukuku zeyil edebiyatına dair bir değerlendirme ve tasnif önerisi sunmaktadır. Gözden geçirdiğimiz yaklaşık yüz eserden kapsam dışı kalanlar ve nitelikleri hakkında yeterli bilgi edinemediklerimiz haricindeki elli altı eser üzerinde makale boyutlarını aşmayacak şekilde yaptığımız değerlendirmeler böyle bir tasnif önerisi sunmak açısından yeterli olsa da bu bir giriş çalışması olarak kabul edilmeli, İslam hukuku zeyil edebiyatı hakkında daha kapsamlı ve sağlıklı sonuçlara ulaşabilmek için daha geniş araştırmalar yapılmalıdır.

Ayrıca bu çalışmada esas itibarıyla sebep-i telîfleri ve nitelikleri açısından doğrudan zeyil niteliği taşıdığını düşündüğümüz eserler incelenmiş ve değerlendirmeler bunlar üzerinden yapılmıştır. Şerh, ihtisar, ta'lik vb. farklı adlarla anılan ve farklı amaçlarla yazılan diğer yazım türlerine/formlarına ait eserlerin önemli bir kısmı da aslında asıl/kaynak metne ilaveler (ziyâdât) yapmaktadır. Dolayısıyla fıkıh zeyil edebiyatını bir bütün olarak değerlendirebilmek için bu türden dolaylı zeyil özelliği taşıyan eserleri de dikkate alan yeni çalışmalara ihtiyaç vardır.

Bu çalışmada zeyil türü eserler hakkında yaptığımız tasnif ve değerlendirmeler İslam hukuku alanında kaleme alınmış kitaplar (daha ziyade fîrû eserleri) esas alınarak yapıldığından İslam ilimlerinin diğer alanlarına yönelik bulgular içermemektedir. Bu amaçla daha kapsamlı çalışmalar yapılmalıdır.

## KAYNAKÇA

- Ali b. Bâli. *el-Ikdü'l-manzûm fî zikri efâzîlî'r-Rûm: Ali b. Bâli'nin Şakâ'ik Zeyli*. Ed., Derya Örs, Haz., Suat Donuk. İstanbul: Türkiye Yazma Eserler Kurumu Başkanlığı, 2018.
- Arslan, Emine. "Osmanlı Dönemi Nuküllü Fetvâ Mecmuaları". *Türk Hukuk Tarihi Araştırmaları*. 5 (Bahar 2008): s. 131-153.
- Aybakan, Bilal. "Fürû' Fıkıh Sistematiği Üzerine". *M.Ü. İlahiyat Fakültesi Dergisi*. 31/2 (2006): s. 5-32.
- Aynî, Bedreddin Mahmûd b. Ahmed. *Nühabü'l-efkâr fî tenkîhi mebâni'l-ahbâr fî şerhi Meâni'l-âsâr*. Thk., Ebû Temîm Yâsir b. İbrahim. 19 cilt. Katar: Vizâretü'l-evkâf ve'ş-şuûni'l-İslâmiyye, 1429/2008.
- Bağdatlı İsmail Paşa. *Hediyetü'l-ârifin esmâü'l-müellifîn ve âsâru'l-musannifîn*. 2 cilt. Ankara: Millî Eğitim Bakanlığı, 1951-1955.
- Burhânî, Burhaneddin. *el-Muhîtu'l-Burhânî*. Thk., Abdülkerim Sami el-Cündî. Beyrut: Dâru'l-Kütübî'l-ilmîyye, 1424/2004.
- Çavuşoğlu, Ali Hakan. "Irak Mâlikî Ekolü: III-V./IX-XI. Yüzyıllar", Doktora Tezi, Marmara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2004.
- Demîrî, Behrâm, *eş-Şâmil fî fikhî'l-İmâm Mâlik*. Nşr. Ahmed b. Abdülkerim Necib. Kahire: Merkezü Necibeveyh, 1429/2008.
- Desûkî, Muhammed b. Ahmed b. Arefe. *Hâşiyetü'd-Desûkî ale'ş-Şerhi'l-kebir*. 4 cilt. yy: Dâru'l-Fikr, ts.
- Ebü'l-Hayr el-İmrânî, Ebü'l-Hüseyn Yahya. *el-Beyân fî mezhebi'l-İmâmi'ş-Şâfiî*. Thk., Kâsım Muhammed en-Nûrî. Cidde: Dâru'l-Minhâc, 1421/2000.
- Ençakar, Orhan. "Hanefî Mezhebi Nevâdir Literatürü". Doktora Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2019.
- The Encyclopaedia of Islam*, 1th edition. F. Krenkow. "Kitâb". IX. Leiden: Brill, 1997. [http://dx.doi.org/10.1163/2214-871X\\_ei1\\_SIM\\_4244](http://dx.doi.org/10.1163/2214-871X_ei1_SIM_4244) (erişim: 17.10.2023).
- The Encyclopaedia of Islam*, 2th edition. Cl. Gilliot. "Sila (In Literature)". IX. Leiden: Brill, 1997.
- Erdebîlî, Yûsuf b. İbrahim. *el-Envâr li-a'mâli'l-ebâr*. Thk., Halef Müfdî el-Mutlak. Küveyt: Dâru'z-Ziyâ', 1427/2006.
- Gacek, Adam, *Arapça Elyazmaları İçin Rehber*. Çev., Ali Benli ve M. Cüneyt Kaya. İstanbul: Klasik, 2017.
- Habbâzî, Celâleddin Ömer b. Muhammed. *Hâşiye ale'l-Hidâye*. Kayseri Ktp., Râşid Efendi, nr. 295.
- Habbâzî, Celâleddin Ömer b. Muhammed. *Şerhu'l-Hidâye*, Süleymaniye Ktp., Şeyhülislam Esad Efendi, nr. 89; Hacı Beşir Ağa, nr. 276
- Hâkim en-Nisâbüri. *Ma'rifetü ulûmil'l-hadîs*. Thk., S. Muazzam Hüseyin. Beyrut: Dâru'l-Kütübî'l-ilmîyye, 1397/1977.
- Hamevî, Ebü'l-Abbas Şehabeddin Ahmed b. Muhammed. *Gamzü uyûni'l-besâir fî şerhi'l-Eşbâh ve'n-nezâir*. 4 cilt. Beyrut: Dâru'l-Kütübî'l-ilmîyye, 1405/1985.
- İbn Âbidinzâde, Alâeddin Muhammed b. Muhammed. *Kurretü 'uyûni'l-ahyâr tekmiiletü Reddi'l-muhtâr*. Thk., Adil A. Abdülmevcûd – Ali M. Muavvad. Riyad-Beyrut: Dâru Âlemi'l-kütüb – Dâru'l-Kütübî'l-ilmîyye, 1423/2003.
- İbn Atıyye el-Endelûsî. *Fihristü İbn Atıyye*. Thk., Muhammed Ebü'l-Ecfân – Muhammed ez-Zâhî. Beyrut: Dâru'l-Ğarbi'l-İslâmî, 1983.

- İbn Ferhûn, Burhanüddîn İbrahim b. Ali. *ed-Dibâcü'l-müzheb fi ma'rifeti a'yâni'l-mezheb*. Thk., Muhammed el-Ahmedî Ebü'n-Nûr. 2 cilt. Kahire: Dâru't-Türâs li't-tab' ve'n-neşr, 1972.
- İbn Hacer el-Askalânî. *ed-Dürerü'l-kâmine fi a'yâni'l-mieti's-sâmine*. 6 cilt. Haydarabad-Dekken: Dâiretü'l-meârifî'l-Osmâniyye, 1392/1972.
- İbn Hallikân, Şemseddin Ahmed b. Muhammed. *Vefeyâtü'l-a'yân*. Thk., İhsan Abbas. 7 cilt. Beyrut: Dâru Sâdır, 1994.
- İbn Kâdî Şühbe, Takıyyüddin Ebü Bekir b. Ahmed ed-Dimaşkî, *Tabakâtü's-Şâfi'iyye*, Thk., Abdülalim Han, Beyrut: Âlemü'l-kütüb, 1407.
- İbn Kudâme, Muvaffakuddin Abdullah b. Ahmed el-Makdisî. *Umdetü'l-hâzım fi'z-zevâid alâ Muhtasari İbni'l-Kâsum*. Nşr., Nureddin Tâlib. Katar: Vizâretü'l-Evkâf ve's-şuûni'l-İslâmiyye, 1428/2007.
- İbn Kutluboğa. *Tâcü't-terâcim*. Thk., M. Hayr Ramazan Yûsuf. Dimaşk: Dâru'l-Kalem, 1413/1992.
- İbn Receb el-Hanbelî, Ebü'l-Ferec Zeynüddin Abdurrahman b. Ahmed. *Zeylû Tabakâti'l-Hanebile*, Thk., Abdurrahman b. Süleyman el-Useymin. Riyad: Mektebü'l-Ubeykân, 1425/2005.
- İbn Ziyâd en-Nisâbüri. *ez-Ziyâdât alâ Kitâbi'l-Müzenî*. Thk., Hâlid b. Hâyif b. Ureyc el-Mutîrî. Riyad-Küveyt: Dâru Edvâi's-selef – Dâru'l-Kevser, 1426/2005.
- İbn Yûnus, Ebü Saîd el-Mısrî. *Târîhu İbn Yûnus*. 2 cilt. Beyrut: Dâru'l-Kütübi'l-ilmîyye, s. 1421.
- İbnü'l-İmâd el-Hanbelî. *Şezerâtü'z-zehab fi ahbâri men zehab*. Thk., Mahmûd el-Arnâût. Dimaşk-Beyrut: Dâru İbn Kesîr, 1406/1986.
- İbnü'l-Mülakkın, Ebü Hafs Sirâceddin Ömer b. Ali. *el-Ikdü'l-müzheb fi tabakâti hameleti'l-mezheb*. Thk., Eymen Nasr el-Ezherî ve Seyyid Mühennâ. Beyrut: Dâru'l-Kütübi'l-ilmîyye, 1417/1997.
- İbnü's-Salâh eş-Şehrezûrî. *Tabakâtü'l-fukahâi's-Şâfi'iyye*. Thk., Muhiddin Ali Necîb. Beyrut: Dâru'l-Beşâiri'l-İslâmiyye, 1992.
- İbnü's-Salâh eş-Şehrezûrî. *Ulûmü'l-hadîs*. Thk., Nureddin İtr. Beyrut: Dâru'l-Fikr, 1406/1986.
- İbrâhim Ali, Muhammed, *Istulâhu'l-mezheb inde'l-Mâlikîyye*, Dübey: Dâru'l-bühûs li'd-dirâsâti'l-İslâmiyye, 1421/2000.
- İsnevî, Ebü Muhammed Cemaleddin Abdürrahim b. el-Hasen. *el-Mühimmât fi şerhi'r-Ravda ve'r-Râfi'î*. Nşr. Ebü'l-Fadl ed-Dimyâtî ve Ahmed b. Ali. 10 cilt. Beyrut – Dâru'l-beyzâ: Dâru İbn Hazm – Merkezü't-türâsi's-sekâfi'l-Mağribî, 1430/2009.
- İsnevî, Ebü Muhammed Cemaleddin Abdürrahim b. el-Hasen. *Nihâyetü's-sül şerhu Minhâci'l-vüsûl*. Beyrut: Dâru'l-Kütübi'l-ilmîyye, 1420/1999.
- İsnevî, Ebü Muhammed Cemaleddin Abdürrahim b. el-Hasen. *Zevâidü'l-usûl alâ Minhâci'l-vüsûl ilâ ilmi'l-usûl*. Thk., M. Sinan Seyf el-Celâlî. Beyrut: Müessesetü'l-kütübi's-sekâfiyye, 1413/1993.
- Kâdî İyâz, Ebü'l-Fazl İyâz b. Mûsâ. *Tertübü'l-medârik ve takrîbü'l-mesâlik li-ma'rifeti a'lâmi mezhebi Mâlik*. Thk., M. Tâvîr et-Tancî vd. 8 cilt. Rabat: Vizâretü'l-evkâf ve's-şuûni'l-İslâmiyye, 1383-1403/1965-1982.
- Kara, İsmail. *İlim Bilmiz Tarih Haurlamaz: Şerh ve Haşîye Meselesine Dair Birkaç Not*. İstanbul: Dergâh, 6. baskı, Şubat 2021.
- Kâtip Çelebi, *Keşfü'z-zunûn an esâmi'l-kütüb ve'l-fünûn*. Nşr., M. Şerefettin Yalçınkaya. 2 cilt. Ankara: Millî Eğitim Bakanlığı, 1941-1943.
- Kâtip Çelebi, *Süllemü'l-vusûl ilâ tabakâti'l-fühûl*. Thk., Mahmûd Abdülkadir el-Arnâût. 6 cilt. İstanbul: IRCICA, 2010.
- Kehhâle, Ömer Rıza. *Mu'cemü'l-müellifîn*. 10 cilt. Beyrut: Mektebetü'l-Müsenâ, ts.

- Koçyiğit, Koçyiğit. *Hadis İstılahları*. 2. Baskı. Ankara: Ankara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi, 1985.
- Kureşî, Ebû Muhammed Muhyiddin Abdülkadir b. Muhammed. *el-Cevâhirü'l-mudıyye fî tabakâti'l-Hanefiyye*. Thk., Abdülfettâh Muhammed el-Hulv. 5 cilt. Kahire: Dâru Hecr li't-tubâa ve'n-neşr, 1413/1993.
- Leknevî, Ebû'l-Hasenât Abdülhay b. Muhammed. *el-Fevâidü'l-behiyye fî terâcimi'l-Hanefiyye*. Nşr., M. Bedreddin Ebû'l-Firâs en-Na'sânî. Kahire: Matbaatü's-saâde, 1324.
- Makdisi, George. *Ortaçağ'da Yüksek Öğretim: İslâm Dünyası ve Hıristiyan Batı*. Çev., Ali Hakan Çavuşoğlu – Tuncay Başoğlu. İstanbul: Klasik, 2. bs., 2018.
- Makdisi, George. *İslam'ın Klasik Çağında ve Hıristiyan Batı'da Beşeri Bilimler*. Çev., Hasan Tuncay Başoğlu. İstanbul: Klasik, 3. bs., 2019.
- Mahlûf, Muhammed. *Şeceretü'n-nûri'z-zekiyye fî tabakâti'l-Mâlikıyye*. Nşr., Abdülmecid Hayâlî. 2 cilt. Beyrut: Dâru'l-Kütübü'l-ilmıyye, 1424/2003.
- Mahfûz, Muhammed. *Terâcimü'l-müellifine't-Tünisiyyîn*. 5 cilt. Beyrut: Dâru'l-Garbi'l-İslâmî, 1994.
- Muhıbbî, Muhammed Emin. *Hulâsatü'l-eser fî a'yânî'l-karnî'l-hâdî aşer*. 4 cilt. Beyrut: Dâru Sâdir, ts.
- Nevevî, Ebû Zekeriya Yahya b. Şeref. *Tehzîbü'l-esmâ' ve'l-lügât*. 2 cilt. Beyrut: Dâru'l-Kütübü'l-ilmıyye, ts.
- Nev'izâde Atâyî. *Hadâ'ıku'l-Hakâ'ık fî Tekmiletü's-Şakâ'ık*. Ed., Derya Örs. Haz., Suat Donuk, 2 cilt. İstanbul: Türkiye Yazma Eserler Kurumu Başkanlığı, 2017.
- Okuyucu, Nail. *Şâfi Mezhebi'nin Teşekkül Süreci*. İstanbul: M.Ü. İlahiyat Fakültesi Vakfı, 2015.
- Özcan, Abdülkadir. "Osmanlı Edebiyatında Zeyil Geleneği". *Kitaplara Vakfedilen Bir Ömre Tuhfe: İsmail Erünsal'a Armağan: Edebiyat ve Tasavvuf, Kütüphanecilik ve Arşivcilik*. 2. cilt. Haz., Hatice Aynur, Bilgin Aydın ve Mustafa Birol Ülker. İstanbul: Ülke, 2014: s. 831-849.
- Özel, Ahmet. *Hanefî Fıkıh Alimleri ve Diğer Mezheplerin Meşhurları*. Ankara: Türkiye Diyanet Vakfı, 6. baskı, 2018.
- Pedersen, Johannes. *İslam Dünyasında Kitabın Tarihi*. Çev., Mustafa Macit Karagözoğlu. İstanbul: Klasik, 2012.
- Râzî, Hüsâmeddin Ali b. Ahmed İbn Mekki. *Tekmiletü'l-Kudûrî*, Süleymaniye Ktp., Cârullah Efendi, nr. 602.
- Riyâzizâde, Abdüllatîf b. Muhammed. *Esmâü'l-kütübü'l-mütemmim li Keşfi'z-zunûn*. Thk., Muhammed Altuncî, Kahire: Mektebü'l-Hâncî, 1395/1975.
- Sâvî, Ahmed b. Muhammed. *Hâşiyetü's-Sâvî aleş-Şerhi's-sağır*. 4 cilt. yy: Dâru'l-Ma'ârif, ts.
- Sehavî, Şemseddin Muhammed b. Abdurrahman. *ed-Dav'u'l-lâmi'*. 6 cilt. Beyrut: Dâru Mektebetü'l-hayât, ts.
- Sehavî, Şemseddin Muhammed b. Abdurrahman. *el-Menhelü'l-azbû'r-reviy fî tercemetü'l-kutbi'l-evliyâ' en-Nevevî*. Thk., Muhammed el-İd el-Hatrâvî. Medine: Mektebetü Dârü't-türâs, 1409/1989.
- Sübkî, Tâceddin Abdülvehhâb b. Ali. *Tabakâtü's-Şâfi'iyyeti'l-kübrâ*. Thk., M. Muhammed et-Tanâhî ve A. Muhammed el-Hulv. 10 cilt. Kahire: Dâru Hecr li't-tubâa ve'n-neşr, 1413.
- Şevkânî, Ebû Abdullah Muhammed b. Ali es-Sanânî. *el-Bedru't-tâli' bi-mehâsini men ba'de'l-karnî's-sâbi'*. 2 cilt. Beyrut: Dâru'l-Ma'ârif, ts.
- Tahâvî, Ebû Ca'fer Ahmed b. Muhammed. *Şerhu meâni'l-âsâr*. Thk., M. Zühri en-Neccâr ve M. Seyyid Câdülhak. 5 cilt. Beyrut: Âlemü'l-kütüb, 1414/1994.
- Tinbüktî, Ahmed Bâbâ, *Neylü'l-ibtihâc bi tatrîzi'd-Dîbâc*. Nşr., Abdülhamîd Abdullah el-Herâme. Trablus: Dâru'l-Kâtib, 2000.
- Türkî, Abdullah b. Abdülmuhsin. *el-Mezhebü'l-Hanbelî: Dirâse fî târihihi ve simâtihi*. Riyad: Müessesetü'r-risâle nâşirün, 1423/2002.

- Türkiye Diyanet Vakfı (TDV) İslâm Ansiklopedisi*. Abdullah Karahan. “Zevâid”.  
<https://islamansiklopedisi.org.tr/zevaidd--hadis> (erişim: 17.10.2023).
- TDV İslâm Ansiklopedisi*. Ahmet Nedim Serinsu. “İbn Nüceym, Sirâceddin”.  
<https://islamansiklopedisi.org.tr/ibn-nuceym-siraceddin> (erişim: 26.08.2023).
- TDV İslâm Ansiklopedisi*. Ahmet Özel. “Hanefî Mezhebi”.  
<https://islamansiklopedisi.org.tr/hanefi-mezhebi#2-literatur> (erişim: 26.08.2023).
- TDV İslâm Ansiklopedisi*. Ahmet Özel. “İbnü'l-Kâs”.  
<https://islamansiklopedisi.org.tr/ibnul-kas> (erişim: 26.08.2023)
- TDV İslâm Ansiklopedisi*. Ahmet Özel. “İbnü't-Tallâ”.  
<https://islamansiklopedisi.org.tr/ibnut-talla> (erişim: 31.08.2023)
- TDV İslâm Ansiklopedisi*. Ahmet Özel. “İmrânî, Ebü'l-Hayr”.  
<https://islamansiklopedisi.org.tr/imrani-yahya-b-ebul-hayr> (erişim: 26.08.2023)
- TDV İslâm Ansiklopedisi*. Ahmet Özel. “Mevsilî, Abdürrahim b. Muhammed”.  
<https://islamansiklopedisi.org.tr/mevsili-abdurrahim-b-muhammed> (erişim: 31.08.2023)
- TDV İslâm Ansiklopedisi*. Ali Hakan Çavuşoğlu. “el-Müdevvenetü'l-kübrâ”.  
<https://islamansiklopedisi.org.tr/el-mudevvenetul-kubra> (erişim: 31.08.2023)
- TDV İslâm Ansiklopedisi*. Ali Hakan Çavuşoğlu. “en-Nevâdir ve'z-ziyâdât”.  
<https://islamansiklopedisi.org.tr/en-nevadir-vez-ziyadat> (erişim: 31.08.2023)
- TDV İslâm Ansiklopedisi*. Ali Hakan Çavuşoğlu. “Zeyil (Fıkıh)”.  
<https://islamansiklopedisi.org.tr/zeyil#4-fikih> (erişim: 26.08.2023).
- TDV İslâm Ansiklopedisi*. Aydın Taş. “Şeybânî, Muhammed b. Hasan”.  
<https://islamansiklopedisi.org.tr/seybani-muhammed-b-hasan#1> (erişim: 31.08.2023)
- TDV İslâm Ansiklopedisi*. Bilal Aybakan. “el-Mühezzeb”.  
<https://islamansiklopedisi.org.tr/el-muhezzeb> (erişim: 31.08.2023).
- TDV İslâm Ansiklopedisi*. Bilal Aybakan. “el-Vasit”.  
<https://islamansiklopedisi.org.tr/el-vasit> (erişim: 31.08.2023).
- TDV İslâm Ansiklopedisi*. Eyyüp Said Kaya. “Mâlikî Mezhebi”.  
<https://islamansiklopedisi.org.tr/maliki-mezhebi> (erişim: 26.08.2023).
- TDV İslâm Ansiklopedisi*. Ferhat Koca. “İbn Kudâme, Muvaffakuddin”.  
<https://islamansiklopedisi.org.tr/ibn-kudame-muvaffakuddin> (erişim: 31.08.2023).
- TDV İslâm Ansiklopedisi*. İbrahim Hatiboğlu. “Müstedrek”.  
<https://islamansiklopedisi.org.tr/mustedrek> (erişim: 17.10.2023).
- TDV İslâm Ansiklopedisi*. İsmail Durmuş. “Zeyil”. <https://islamansiklopedisi.org.tr/zeyil#1> (erişim: 26.08.2023).
- TDV İslâm Ansiklopedisi*. İsmail E. Erünsal. “Verrâk”. <https://islamansiklopedisi.org.tr/verrak> (erişim: 17.10.2023).

- TDV İslâm Ansiklopedisi*. Mahmut Rıdvanoğlu. “Habbâzi”.  
<https://islamansiklopedisi.org.tr/habbazi> (erişim: 31.08.2023)
- TDV İslâm Ansiklopedisi*. Mehmet Özşenel. “Şeybânî, Muhammed b. Hasan (Hadisteki Yeri)”.  
<https://islamansiklopedisi.org.tr/seybani-muhammed-b-hasan#2-hadisteki-yeri> (erişim: 31.08.2023)
- TDV İslâm Ansiklopedisi*. Murteza Bedir. “ez-Ziyâdât”.  
<https://islamansiklopedisi.org.tr/ez-ziyadat> (erişim: 26.08.2023)
- TDV İslâm Ansiklopedisi*. Orhan Bilgin. “Yazma”. <https://islamansiklopedisi.org.tr/yazma> (erişim: 17.10.2023)
- TDV İslâm Ansiklopedisi*. Raşit Küçük. “İsnad”. <https://islamansiklopedisi.org.tr/isnad--hadis> (erişim: 26.08.2023).
- TDV İslâm Ansiklopedisi*, Saffet Köse, “Erdebîlî, Yûsuf b. İbrahim”.  
<https://islamansiklopedisi.org.tr/erdebili-yusuf-b-ibrahim> (erişim: 02.10.2023).
- TDV İslâm Ansiklopedisi*. Saffet Köse. “İbn Abdülhakem, Abdullah”.  
<https://islamansiklopedisi.org.tr/ibn-abdulkhakem-abdullah> (erişim: 26.08.2023).
- TDV İslâm Ansiklopedisi*. Saffet Köse. “İbn Kâdî Aclûn, Necmeddin”.  
<https://islamansiklopedisi.org.tr/ibn-kadi-aclun-necmeddin> (erişim: 26.08.2023).
- TDV İslâm Ansiklopedisi*. Şükrü Özen. “Hilâf”. <https://islamansiklopedisi.org.tr/hilaf> (erişim: 26.08.2023).
- TDV İslâm Ansiklopedisi*. Şükrü Özen. “İbn Süreyc, Ebü'l-Abbas”.  
<https://islamansiklopedisi.org.tr/ibn-sureyc-ebul-abbas> (erişim tarihi: 26.08. 2023)
- TDV İslâm Ansiklopedisi*. Şükrü Özen. “İbnü's-Şihne, Lisânüddin”.  
<https://islamansiklopedisi.org.tr/ibnus-sihne-lisanuddin> (erişim tarihi: 26.08. 2023)
- TDV İslâm Ansiklopedisi*. Yaşar Kandemir. “Hadis”. <https://islamansiklopedisi.org.tr/hadis> (erişim: 17.10.2023)
- Yaman, Ahmet. “İslam Hukuk Literatürünün Ortaya Çıkışı, Gelişmesi ve 1980 Sonrası İçin İslam Kamu Hukuku Edebiyatına İlişkin Arapça Bir Bibliyografya Denemesi”. *Diyanet İlmî Dergi*. 31/3 (1995): s. 107-128.
- Yılmaz, Okan Kadir. “İlk Tedvin Döneminde Hanefî Mezhebi Literatürünün Kayıp Eserleri”. Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2017.
- Zehebi, Şemsüddin Muhammed b. Ahmed. *Tezkiretü'l-huffâz*. Nşr., Zekerîya Umeyrât. 5 cilt. Beyrut: Dâru'l-Kütübi'l-ilmîyye, 1419/1998.



İntihal | Plagiarism: Bu makale, en az iki hakem tarafından incelendi ve intihal içermediği teyit edildi.  
| This article has been reviewed by at least two referees and scanned via a plagiarism software.

## LIMITS AND EXCLUSIONS OF THE RIGHT TO LIFE UNDER THE EUROPEAN CONVENTION ON HUMAN RIGHTS AND TURKISH LAW

### AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİ VE TÜRK HUKUKU KAPSAMINDA YAŞAMA HAKKININ SINIRLARI VE İSTİSNALARI

Dr. Fatih Ulaşan\*

#### ÖZ

Felsefi, ahlaki ve dini açıdan insan yaşamının değeri ve niteliği açısından tartışmalar devam ederken, hukuk sistemleri kişileri doğal ölüm olarak nitelendirilemeyecek durumlardan muhafaza etmenin yollarını aramaktadırlar. Her insan hem hukuki hem de insani açıdan bir değer taşır. Yaşama hakkı insanlığın en temel hakkı olarak kabul edilebilir. Kısaca her insan doğuştan yaşama hakkına sahiptir. Bu hak hukuk tarafından korunur. Yaşama hakkı, devletler tarafından hukuka aykırı bir şekilde yaşamdan yoksun bırakılmama hakkını içerir. Hükümetler, devletlerindeki herkesin hayatını korumak için olumlu adımlar atmakla mükelleflerdir. Bu amaçla, hem iç hukukta hem Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde yaşama hakkını dokunulmaz bir hak ve hakların merkezi olarak kabul edilmektedir. Bu makale esas olarak Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türk hukuku kapsamında yaşama hakkını ele almaktadır. Ayrıca yaşama hakkının konusu, önemi ve istisnaları, bu hakkın korunmasında devletin sorumluluğu ve yaşama hakkına ilişkin özel durumlar analiz edilmiştir.

**Anahtar Kelimeler:** İnsan Hakları, Yaşama hakkı, Devletin Sorumluluğu, Ölüm Cezası, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi.

\* Cumhuriyet Savcısı, Türkiye Cumhuriyeti Adalet Bakanlığı  
0000-0003-3301-4823 fatih\_ulasan@hotmail.com



Bu eser Creative Commons Alıntı-Gayri Ticari-Türetilmez 4.0 Uluslararası Lisansı ile lisanslanmıştır.  
This work is licensed under a Creative Commons Attribution-NonCommercial-NoDerivatives 4.0 International License.

## ABSTRACT

While philosophical, moral and religious debates continue in terms of the value and quality of human life, legal systems seek ways to protect individuals from situations that cannot be described as a natural death. Every person has a value from legal and humanitarian view. The right to life can be considered as the most basic right. In short, every human being has the right to live. This right is protected by law. The right to life involves the right not to be deprived of life illegally by states. The governments should take positive steps to protect the lives of everyone in their states. For this purpose, the right to life is accepted as an inviolable right and center of rights both in domestic law and in the European Convention on Human Rights. This article mainly deals with the right to life under the European Convention on Human Rights and Turkish law. In addition, the substance, importance and exceptions of the right to live, the responsibility of the state in the protection of this right and special cases related to the right to life are analysed.

**Keywords:** Human Rights, Right to life, Responsibility of the State, Death Penalty, European Convention on Human Rights.

## INTRODUCTION

Life, which constitutes the subject of the right to life, has been defined by the Turkish Language Association as "the period between birth and death and life"<sup>1</sup>. Human life is important in terms of the doctrine of fundamental rights and freedoms, and the right to life, which protects human life, is granted to every person. The primary element of fundamental rights and freedoms is the right to life. The social importance of the right to life is high as it constitutes a prerequisite for the realization of other rights<sup>2</sup>. Andre Malraux<sup>3</sup> says that "A man's life is nothing. But nothing can take the place of a person's life." According to Rousseau and Hobbes, who are considered to be the pioneers of the natural rights doctrine, although life is a gift given to man by nature, people are included in the social contract not to use life as they wish, but to secure it.<sup>4</sup> As can be understood from the views on the right to life, the most important value that people have is life, and people tend to secure the right to life at the expense of giving up some of their freedoms<sup>5</sup>.

The right to life is considered one of the most fundamental rights in terms of the European Convention on Human Rights (ECHR)<sup>6</sup>. The right to life is enshrined in one of the conventions we are a party to and the article 2 of the ECHR stresses that everyone's right to life is protected by law and establishes a natural point of synthesis of legal safeguards<sup>7</sup>. No one's life can be intentionally ended, except for the execution, which is sentenced by the court for a crime punishable by the law with the death penalty. This right shall be protected by laws (international and national laws). No one shall be arbitrarily deprived of the right to life. The right to life is regulated in the article 3 of the United Nations (UN) Universal Declaration of Human Rights<sup>8</sup> (UDHR) as "Everyone has the right to life, freedom and security of person". As there was a regulation in the same direction in the 1961 Constitution, the article 17 of the 1982 Constitution was framed as "Everyone has the right to live, to protect and develop their material and spiritual existence". It is understood that there is an obligation to respect and take the necessary measures to protect it. According to the jurisprudence of the European Court of Human Rights, the expression in the article 2 of the European Convention on Human Rights states that countries are obliged not only to refrain from unjustified death, but also to take appropriate measures to secure their people's lives. Although this article mentions deliberate killing, the European Court of Human Rights has expanded the scope of the right by evaluating events that are not intentional killing, but acts that endanger life without death within the

<sup>1</sup> TDK, "Yaşam", Retrieved September 23, 2023, from <https://sozluk.gov.tr/>.

<sup>2</sup> Barak, Aharon: Proportionality: Constitutional Rights and their Limitations, translated by Doron Kalir, Cambridge, Cambridge University Press, 2012

<sup>3</sup> Malraux André, "Karşı Anılar", 1., translated by Ömer Laçiner. İletişim Yayınları: İstanbul, 2011.

<sup>4</sup> Rousseau Jean Jacques, Toplum Sözleşmesi, 6., translated by Ömer Laçiner. İletişim Yayınları: İstanbul, 2011, p. 32.; Hobbes, Thomas, Leviathan, translated by Semih Lim, Kazım Taşkent Klasik Yapıtlar Dizisi, Yapı Kredi Yayınları, İstanbul, 2007, p. 96,127.

<sup>5</sup> Doğmuş Simay, "AİHS Işığında Devletlerin Yaşama Hakkına İlişkin Pozitif Yükümlülükleri", Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2018, p. 32-33;

<sup>6</sup> Rehman Javid, International Human Rights Law, London: Pearson, 2010, p.187

<sup>7</sup> Xenos, Dimitris, Taking the state's positive obligations seriously, Durham theses, Durham University, 2009. p.129.

<sup>8</sup> Universal Declaration of Human Rights. Paris : United Nations General Assembly, 10 December 1948.

scope of the article 2 in many cases. As a result, people must be protected against themselves, against third parties and against states<sup>9</sup>.

In the preamble of the Universal Declaration of Human Rights, it emphasizes the recognition of the inherent dignity and the equal and inalienable rights of all members of the human family, freedom, justice and peace in the world. In general, conventions are made not to replace domestic legal systems for the protection of human rights, but to create an international guarantee for the effective protection of human rights at the national level. At the international level, special attention is given to the legal protection of human rights and seeks permanent solutions to protect people against all forms of abuse. Although there are many national and international regulations, none of these texts provide a clear definition of this right. In the current discussions, many questions have arisen regarding the concept of "life" in the context of technical and scientific progress, and especially the content of the right to life and the limits of this right are still a debated problem. Apart from this, an alarming number of cases concerning the violation of the right to life are brought before ECHR every year. States are the only entities that have the appropriate tools to provide effective protection and at the same time reduce all situations that could lead to violations of the right to life. If states cannot adequately protect the right to life, they should reconsider their policies and adopt effective protection tools.

The control mechanism established by the ECHR and their organs have contributed greatly to the development and protection of human rights with its practices and decisions. The member states of the convention are responsible for both arranging their domestic legislation in accordance with the convention in line with the decisions of the convention bodies and solving the problems arising from the implementation in accordance with the convention. Türkiye also makes various regulations in order to prevent human rights violations arising from practice and legislation. The second article of the European Convention on Human Rights is one of the most important articles, because the "right to life" is the foundation of other human rights. Without this right, the other rights cannot be protected well. The situation of Türkiye's human rights record is not particularly promising in terms of the right to life. According to the statistics of the European Court of Human Rights, Türkiye ranked first among the countries party to the Convention in terms of violations of rights between 1959 and 2018. Türkiye in terms of violations of the right to life; it ranks "second" among the countries against which a violation decision has been made<sup>10</sup>. For this reason, the second article of the European Convention on Human Rights, the "right to life" has been chosen as the subject of our study. The right to life has been examined within the framework of the European Court of Human Rights and the Turkish law system. The problem of interfering with the right to life has become an important agenda item, as it is considered as a preliminary feature at the national and international level. Today, it has become a universal acceptance that this intervention, which directly

<sup>9</sup> Tezcan Durmuş, Erdem Mustafa Ruhan, Sancakdar Oğuz ve Önok, Murat "İnsan Hakları El Kitabı", 6. cilt. Ankara: Seçkin Yayınları, 2002, p. 86,99-108; Tacir Hamide, "Yaşama Hakkı Kapsamında Yaşamın Başlangıcı", Marmara Üniversitesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Prof.Dr.Nur Centel'e Armağan 19, no. 2 (2013), p. 1303; Doğmuş, p. 31-32.

<sup>10</sup> [https://www.echr.coe.int/Documents/Stats\\_violation\\_1959\\_2018\\_ENG.pdf](https://www.echr.coe.int/Documents/Stats_violation_1959_2018_ENG.pdf) (Access Date: 11.12.2022).

targets the physical integrity of the human being and tries to destroy it, cannot be justified for any purpose and reason other than the necessary conditions stated in laws (international or national laws). The aim of this study is to examine mainly the decisions of the European Court of Human Rights, to determine lawful-legitimate limits of the interventions on the right to life within the framework of legal principles, and to contribute to the success in the dimension of human rights.

Turkey has carried out very important reforms in many areas, including human rights, in recent years. However, the number of violations against Turkey regarding human rights in the international arena is high. These violations cause great loss of reputation in the international community. This study, which aims to analyze the right to life, especially within the framework of the ECHR jurisprudence, is considered to be important in that it can contribute to a certain extent to the correction of the Turkey's performance regarding the right to life. The aim of the study is to contribute to the process of improving the appearance of Turkey, which has the ideal of being an equal and respected member of the international community, regarding the right to life before the ECHR, by raising awareness. In this context, the study aims to fill the gap in this field to some extent, since there is no current work that directly and deeply addresses the right to life. In addition, it is expected to make a positive contribution to the process of evolution of judicial decisions in line with the ECHR decisions. In this context, the main purpose of this study is that it constitutes an evaluation of the scope of the right to life expressed in the second article of the convention about what the elements of this right consist of, what its limits are, the right to life in Turkey within the framework of the legal studies and changes regarding the right to life in Turkey. In the first part of the study, the right to life will be discussed in the context of human rights, and in this context, the right to life will be analyzed in the context of the beginning and end of life. In the second part, basic documents related to the right to life will be examined and the reflections of the right to life in Turkish law will be discussed. In the third section, the limits of the right to life will be discussed and the basic limitations will be mentioned. In the last section, the positive and negative obligations of the state will be discussed on the basis of controversial issues regarding the right to life (death penalty, euthanasia, abortion, use of force).

## I. THE RIGHT TO LIFE IN THE CONTEXT OF HUMAN RIGHTS

Human rights is an issue that takes its power from human and human existence. Before the Second World War, there was not enough international regulation about human rights. With the Universal Declaration of Human Rights adopted in 1948, human rights were summarized in thirty articles, and the rights and freedoms contained in these articles found their place nearly everywhere. Although the right to life is included in declarations and treaties, it has not been fully defined in these documents. The right to life, which is recognized by globally approved theories but guaranteed by positive law, is the most basic of all other rights. In the documents after the Second World War, the understanding that the right to life cannot be

given by the state, but must only be recognized, was accepted<sup>11</sup>. Gilles Deleuze<sup>12</sup> said that there are no human rights, there are the rights to life and living. Apart from the Universal Declaration of Human Rights (1948) and the International Covenant on Civil and Political Rights<sup>13</sup> (1966), the right to life is included in the European Convention on Human Rights (1950) (article 2), the Inter-American Convention on Human Rights (1969)<sup>14</sup> (article 4), the African Charter on Human and Peoples' Rights<sup>15</sup> (1981) (article 4) and the European Union Charter of Fundamental Rights<sup>16</sup> (2000). The philosopher Ioanna Kuçuradi says that human rights is one of the ideas with various values that humanity has created throughout its existence, and represents the idea of providing the opportunity for people to realize themselves. Kuçuradi thought that human rights are related to human dignity and to the knowledge of the value of some structural possibilities of human beings as a species. The right to life is not only a negative right, but also a positive right and should be defined separately from the social security right of the person. The right to life imposes various responsibilities on the state and all humanity. The state and humanity are responsible for ensuring the continuity of the physical integrity of the person<sup>17</sup>.

#### A. THE BEGINNING OF LIFE

The concept of human rights is explained through the definition of "being human" within the scope of both the abstract existence of the human and the concrete existence of the human in society. "Human" is at the center of human rights. The expression of "everyone" in the article 2 of the ECHR emphasizes that the right to life is granted to all people without exception. In law, human is expressed with the concept of the person. In the legal sense, a person is a legal subject who can be a party to legal relations, has rights and be liable (creditor and debtor). The legal system has accepted each individual as a person regardless of the differences of gender, race, religion, language, etc<sup>18</sup>. A person has some legal consequences<sup>19</sup>:

1. The person has a will and legal consequences can be attributed to the declaration of will.
2. The person can be a rightful owner and can be in debt.

<sup>11</sup> Opsahl Torkel. The Right to Life. In The European System for the Protection of Human Rights, translated by Ronald Macdonald, Franz Matscher and Herbert Petzold, 207-223. The Netherlands: Martinus Nijhoff Publishers, 1993

<sup>12</sup> Deleuze Gilles, "İnsan Hakları Üzerine", Tesmeralsekdiz(04), 2009.

<sup>13</sup> International Covenant on Civil and Political Rights, General Assembly resolution 2200A (XXI). 16 December 1966.

<sup>14</sup> Organization of American States, "Inter-American Convention on Human Rights", San José, Costa Rica: American States, 22 November 1969.

<sup>15</sup> Organization Of African Unity, "African Charter on Human and Peoples' Rights". Nairobi, Kenya: Organisation of African Unity, 01 June 1981.

<sup>16</sup> The European Union Charter of Fundamental Rights, "Official Journal of the European Communities", European Union, 18 December 2000.

<sup>17</sup> Kuçuradi Ioanna, "İnsan Hakları: Kavramları ve Sorunları", Ankara: Türkiye Felsefe Kurumu, 2016.

<sup>18</sup> Serozan Rona, "Tüzel Kişiler", İstanbul: Filiz kitabevi, 1994, p. 13.

<sup>19</sup> Çağlayan Ramazan, "Hukukumuzda Kamu Tüzel Kişiliği Kavramı ve Kistaları", Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, no. 7 (2016), p. 375.

3. The person has the right of ownership to own and dispose of assets.
4. The person has the responsibility for his/her actions and has to bear the legal consequences of his/her actions.
5. The person has the freedom to seek rights and has the right to file a lawsuit.

The beginning of life is among the controversial topics in the literature<sup>20</sup>. Even if a fertilized egg is considered "potentially human", the issue of unfertilized eggs and sperm is among matters that need to be examined in terms of the right to life. There is no "consensus" regarding the scientific or legal definition of the beginning of life in Europe, and the issue is left to the discretion of the states<sup>21</sup>. Drawing a theoretical line between potential human being and human reproductive techniques is very difficult<sup>22</sup>. For instance, the ECHR stated that the embryo had no independent rights or interests in terms of UK law, and ruled that the embryo did not have a right to life and that its right to life had not been "violated"<sup>23</sup>. There are three different theories on the subject: conception, viability and birth. The personality of the child begins in the womb. The mother has the right to bring her child to life in body integrity. It is generally accepted that the right to life begins with "birth time". The steps to expand the concept of the right to life in terms of the "unborn child" have not been successful. In the decision of *Paton (W.P.) v. United Kingdom*, App. No. 8416/78, Eur. Comm'n H.R. (1980), it was emphasized that the definition of "everyone" does not include the unborn child. There is no "consensus" on the scientific or legal definition of the beginning of life in Europe, and the issue is left to the discretion of the states. However, Article 4 of the American Declaration of Human Rights clearly regulates that the right to life begins with the "moment of pregnancy"<sup>24</sup>. In terms of Turkish Law, the beginning of personality begins with "full and right birth" according to the article 28 of the Turkish Civil Code<sup>25</sup>. Personality begins at the very moment the child is full born and ends by death. The child has the legal capacity at the very moment he/she enters mother's womb provided that he/she is born alive<sup>26</sup>.

## B. THE ENDING OF LIFE

Death is a natural and biological event and the law attributes some legal consequences to death. One of the most important consequences of this is the termination of personal rights with death. Death is the condition in which the circulatory, respiratory and nervous system functions, which are called the main life functions and give vitality to the person, stop working on their own, and cannot continue to work spontaneously even though these functions may

<sup>20</sup> Every culture, religion or community may have different ideas. For instance, the Catholic Church believes that life begins at conception. Murray Ross, Jenner John, *Revise HSC Studies of Religion 1*, Pascal Press, 2003, p. 132; Ling John R, *When does human life begin? Christian thinking and contemporary opposition*, the Christian Institute, 2011, p.7

<sup>21</sup> *Vo v. France*, 08 July 2004, No. 53924/00, 82.

<sup>22</sup> Wicks Elizabeth, *The Right to Life and Conflicting Interests*, New York: Oxford University Press, 2010, p. 17.

<sup>23</sup> *Evans v. United Kingdom*, 10.04.2007, No. 6339/05, 19,56

<sup>24</sup> Güzeldağ Sibel, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türk Ceza Kanunu Açısından Yaşam Hakkı İhlalleri", *Yüksek Lisans Tezi, Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku*, Bursa: Bursa Uludağ Üniversitesi, 2020, p. 36.

<sup>25</sup> Kitapçoğlu Tülay, "Türk Ceza Kanunu'nda Çocuk Düşürme Suçu." *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi* 18, no. 1 (2012), p. 298.

<sup>26</sup> Turkish Civil Code. "Official Gazette." No. 24607. 22 November 2001.



be activated again by some artificial means. In this case, there are debates in the legal order about which understanding, namely the Classical Conception of Death or the Brain Death Conception, should be accepted for the determination of the moment of death<sup>27</sup>. According to the Classical Conception of Death, death occurs when the circulatory, respiratory and nervous systems, which are called the major life functions of a person, stop and the heartbeat ends. According to this criterion, which is also called "biological death" or "clinical death", death occurs with the last heartbeat and the last breath<sup>28</sup>. According to the concept of brain death, it is an event that begins with the destruction of brain cells and occurs gradually over a certain period of time. The diagnosis of brain death is dependent on three conditions. These include deep coma, complete loss of brainstem reflexes, and cessation of spontaneous breathing. The brain is an organ that gives a person the quality of being human, and the person is considered dead when the brain functions stop<sup>29</sup>. Article 2 of the Convention does clearly specify the beginning and end of the right to life. The scope of the word "everyone" in the regulation (everyone's right to life is protected by law) is not clearly specified. This uncertainty gives the wide discretion to member states in terms of regulations on the subject. The ECHR states that the right to life cannot be interpreted from a negative aspect and the right to die with the help of a third party or a public authority cannot be derived from Article 2 of the Convention<sup>30</sup>.

In terms of Turkish Law, it is accepted that life ends when "all organs, including the brain, lose their function". Article 1 of the Regulation on Organ and Tissue Transplantation Services states that brain death is a clinical diagnosis and is the complete and irreversible loss of all brain functions. Turkish law accepts the concept of "brain death"<sup>31</sup>.

## II. RIGHT TO LIFE AND FUNDAMENTAL DOCUMENTS

The first person to think and propose to divide human rights into generations according to the periods in which they emerged in 1979 was the Czech lawyer Karel Vasak<sup>32</sup>. Karel Vasak, a Human Rights Lawyer, suggested that human rights can be divided into three generations, inspired by the principles of the 1789 French Revolution summarized as "Liberty", "Equality" and "Solidarity". First generation rights are rights in areas where the state should "free" individuals, namely personal rights and political rights. Second generation are related to equality, the second principle of the French Revolution, and since they can only be achieved with positive (positive) interventions of the state in economic and social life, the rights in this

<sup>27</sup> Uygun, Çağatay, "Organ Ve Doku Nakli", İstanbul Barosu Dergisi, 2016, p. 163.

<sup>28</sup> Akıncı Şahin, "Türk Özel Hukukunda İnsan Kökenli Biyolojik Madde(Organ-Doku) Nakli Kavramı ve Bundan Doğan Hukuki", Ankara: Yetkin Yayınları, 1996, p. 104.

<sup>29</sup> Erman Barış, "Ceza Hukukunda Tıbbi Müdahalelerin Hukuka Uygunluğu", Ankara: Seçkin Yayınları, 2003, p. 222.

<sup>30</sup> Sanles Sanles v. Spain, 26 October 2000, No. 43335/99, p. 94; Pretty v. United Kingdom, 29 April 2002.No. 2346/02.

<sup>31</sup> Regulation on Organ and Tissue Transplantation Services. «No: 28191.» Republic of Türkiye Ministry of Health. 2012.

<sup>32</sup> Eide Asbjørn, "Economic, Social and Cultural Rights As Human Rights." In Economic, Social and Cultural Rights, edited by Asbjørn Eide, Catarina Krause and Allan Rosas, 21-41. Netherlands: Martinus Nijhoff Publishers, 1995, p. 21-22.; Çetin Evra, "1982 Anayasası'nda Sosyal Haklar ve Avrupa Sosyal Şartı'na Dair Spesifik Sorunlar", Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, 2008, p. 16.

area are also of economic, social and cultural nature. Third generation rights depend on the development of the sense of solidarity between individuals and states and their implementation. This is called as the rights of solidarity and is the third of the principles of the French Revolution. Rights counted within the scope of the first generation rights are "classical rights", which are the first items of efforts to give legal power to human rights. It emerged as a result of the developments such as revolutions of the bourgeoisie against aristocracy and feudalism that started in the 17th century in the Western states and continued until the end of the 18th century. The right to life is enshrined in documents such as the 1776 American Declaration of Independence and the 1789 Declaration of the Rights of Man and the Citizen. Fundamental rights and freedoms such as personal security, property rights, freedom of the press and expression, freedom of religion and conscience, the right to assembly and demonstration, the right to petition, and the "principle of equality" are considered within the scope of first generation rights<sup>33</sup>.

The right to life is the most basic human right and the condition of existence of all other human rights. In order to benefit from other rights, people must first be alive and survive. The right to life is one of the most universally recognized human rights since the American Declaration of Independence and the French Declaration of the Rights of Man and Citizen. In a "General Comment" of the United Nations Human Rights Committee, it was stated that the right to life is a superior right to which countermeasures cannot be taken even in the event of public danger threatening the life of the nation<sup>34</sup>. The European Convention on Human Rights and the Constitution of the Republic of Türkiye recognized and protected the right to life as a human right. The "right to life" protects the person from public authority interventions which put an end to the physical and spiritual existence. In the situations of such interventions from private individuals, the state has the duty to prevent and/or impose sanctions as a result of the individual's ability to assert the right to life as a human right against the state. For this reason, the fact that people have the right to life imposes a duty on the state both not to end their lives and to prevent such attempts by others, and to define killing as a crime and impose a sanction<sup>35</sup>. However, the duty of the state to protect people from dangers to their lives does not abolish the right of self-defense against intentional interventions in one's life. As a matter of fact, in the last paragraph of Article 17 of the Turkish Constitution, acts of killing that occur in "legitimate defense" are considered an exception to the right to life. The unjust use of public force or violence that does not result in death (although it is against human rights) is not an attack on the right to life, but on the prohibition of torture and ill-treatment or on personal immunity, depending on the situation. The right to life can only be violated by the act of ending one's life (killing), and the issue of "missing persons" is closely related to the right to life. The Human Rights Committee, which was established pursuant to the UN Convention

---

<sup>33</sup> Aybay Rona, "İnsan Hakları Hukuku, İstanbul: İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları", 2015, p. 59-60.

<sup>34</sup> Gemalmaz Mehmet Salih, "Birleşmiş Milletler Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi İnsan Hakları Komitesi Kararında Yaşam Hakkı ve İşkence Yasağı", İstanbul: İstanbul Barosu Yayınları, 2002, p. 38.; United Nations, International Covenant on Civil and Political Rights, CCPR/C/GC/36, 3 September 2019, p.1

<sup>35</sup> Gölcüklü Feyyaz ve Gözübüyük Şeref, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması", 3. Ankara: Turhan Kitabevi, 2002, p. 160.

on Civil and Political Rights, again evaluated the phenomenon of "missing persons" as a special type of violation of the right to life in a "general comment" and asked the states parties to take measures against it<sup>36</sup>.

According to those who interpret the right to life in a broad and comprehensive way, it also includes protection by public authorities against dangers and risks to life<sup>37</sup>. However, if it is understood so broadly, it will be difficult to separate the right to life from some types of social security. In order to be able to judge that the state has violated the right to life in a concrete situation where there is danger to life, the life of a certain person must be actually and directly threatened and the public authorities must not have taken the necessary measures to prevent the danger even though they knew or could have known about this situation<sup>38</sup>.

The death penalty was considered exceptionally legitimate, provided that it was imposed by the court, with Article 2 of the European Convention on Human Rights, but with the 13th Protocol, which entered into force in 2003, the death penalty was prohibited without exception. In addition, this protocol was ratified by Türkiye and Türkiye abolished the death penalty. In addition, it is seen that there are some exceptions related to the right to life in the second paragraph of the same article of the European Convention on Human Rights. To give an example, the act of killing will not violate the right to life under certain conditions:

1. Where a person is protected against unlawful acts of violence,
2. For the purpose of preventing the lawful arrest of a person or the escape of a person who has been lawfully detained,
3. In case of compulsory use of force within the framework drawn by the law in order to suppress the revolt,

The occurrence of these situations does not justify the use of force. The reason that legitimizes the use of force is that these situations necessitate the use of force. It should be known that the situations in the first two sentences can often be handled without the use of force. In addition, Türkiye added a fourth exception to the 1982 Constitution into the article 17. According to paragraph 3 of this article, "acts of killing that occur in compulsory situations where the use of a weapon is permitted by law during execution of arrest and detention warrants, preventing the escape of a detainee or a convict, suppressing an uprising or rebellion, martial law or during the execution of orders given by the competent authority in cases of emergency" does not violate the right to life.

With the right to live, countries/states have been prevented from killing people in general. Countries have a positive obligation to protect people's right to life. This obligation refers to the protection of people from unjust killing and concrete actions that target their lives. This means that countries punish unjust acts of killing. The European Court of Human

<sup>36</sup> Erdoğan Mustafa, "İnsan Hakları Teorisi ve Hukuku", Ankara: Hukuk Yayınları, 2019, p.180-181.

<sup>37</sup> Kaboğlu İbrahim Özden, "Özgürlükler Hukuku", Ankara: İmge Kitabevi, 2002, p. 272.

<sup>38</sup> Bozkurt Enver, "İnsan Haklarının Korunmasında Uluslararası Hukukun Rolü", Ankara: Nobel, 2003, p. 114.

Rights imposes two obligations, one positive and the other negative, on the states parties in paragraph 2 of Article 2. The positive obligations of the countries are to take the necessary measures to protect the right to life of the people living in their jurisdictions and to carry out an effective investigation in case of an unjustified end to the lives of the people. The negative obligation of countries is not to kill anyone unjustly<sup>39</sup>. In addition, as the United Nations Human Rights Committee expressed in a comment, there is a strong tendency in the international arena to include the measures taken to reduce infant mortality and eliminate malnutrition within the guarantees required by the right to life<sup>40</sup>.

The existence of this right is emphasized and protected in international and national positive law. The United Nations Universal Declaration of Human Rights states that “everyone has the right to life, liberty and security of person”. In addition, this right is protected in different ways in different laws. For example, the United Nations Code of Conduct for Law Enforcement Officials was adopted by the United Nations General Assembly's resolution in December 17, 1979 and with no 34/169. This text generally points to the need for the police to observe the principles of necessity and proportionality when using force. The European Convention on Human Rights regulated Article 2. For example, the state protects every person's right to life. Intentional killing is prohibited, except for the death penalty imposed by the courts. In addition, in some cases, due to the use of force that is not clearly more than necessary, death is not considered a violation of the right to life according to this article. The proportional defense of a person who is exposed to illegitimate coercion and violence is considered self-defense, and death that occurs in this situation is not a violation of the right to life. In addition, death that occurs as a result of suppression of uprising and rebellion within the framework of law in cases such as riots and to arrest people within the limits of the law or to prevent the escape of a person under lawful detention are not considered violations of the right to life. Article 2/2 on the right to life does not specify situations that allow the deliberate killing of a person. It describes that situations in which the use of force may be used could result in death as an unintended consequence. In addition, the use of force should not be more than necessary to achieve the goal, and the essence of the goal and the risk of death should be weighed and proportionality should not be overlooked<sup>41</sup>.

### III. LIMITATIONS OF THE RIGHT TO LIFE

States should not interfere with the living space of the individual. However, in order to defend the right to life, countries are obliged to take the necessary measures to eliminate unjust attacks. However, these measures may differ from country to country. According to the European Convention on Human Rights, restrictions on the right to life can be classified in three ways<sup>42</sup>;

---

<sup>39</sup> Arslan Zühtü, “Fundamental Rights and Liberties”. In *International Encyclopaedia of Laws*, edited by V. Bıçak and Z. Arslan, Turkey: Kluwer Law International, 2004, p. 172.; Erdoğan, p. 181-183.

<sup>40</sup> Erdoğan, p. 181-183.

<sup>41</sup> Karaosmanoğlu Fatih, “İnsan Hakları”, Ankara: Seçkin Yayıncılık A.Ş., 2011, p. 226.

<sup>42</sup> Karaosmanoğlu, p. 226.

## A. IN THE LIGHT OF JUDGMENTS

According to the European Court of Human Rights, the death penalty imposed by the court on a person convicted of a crime punishable by the death penalty by the laws of the country and its execution are not considered a violation of the right to life (ECHR article 2/1). Türkiye ratified Protocol No. 6 to the European Convention on Human Rights, and as a result the death penalty was abolished. However, it has been accepted that exceptionally, a country can apply the death penalty within these limits due to acts that take place in the event of war and imminent war danger. But with Protocol No. 13 to the European Convention on Human Rights, the death penalty was abolished absolutely and in all cases. The Protocol entered into force on 1 July 2003. Türkiye signed this protocol on 9 January 2004. On 6 October 2005, the Turkish Grand National Assembly adopted the “Law on the Approval of Protocol No. 13 concerning the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, concerning the abolition of the death penalty in all circumstances”<sup>43</sup> (Law No. 5409). The law entered into force by being published in the Official Gazette on October 12, 2005 and no. 25964. With the entry into force of Protocol No. 13, the death penalty has been abolished absolutely and in all cases<sup>44</sup>.

## B. IN THE LIGHT OF EXCEPTIONAL CIRCUMSTANCES

The right to life is one of the fundamental rights, but the protection it provides is not absolute<sup>45</sup>. Deaths that occur in three exceptional cases where the use of force is necessary is not considered a violation of the right to life (Article 2/2 of the ECHR). In some exceptional cases, the use of force by law enforcement officers in a way that does not exceed absolute necessity is not considered an interference with the right to life. There are three exceptional cases;

### 1. In Case of Self-defence

In cases where force is used for protection against an unjust and ongoing attack against one's own or another person's life, death is not considered a violation of the right to life. However, in order to qualify as legitimate defence, the use of force must be only to repel an unjust attack on life, not property.

### 2. In case of carrying out the arrest or preventing the escape of the prisoner:

The case of arrest in line with the law or death resulting from the use of force to prevent the escape of a person who has been arrested in accordance with the law is not considered a violation of the right to life. But in these cases, the use of force must reach absolute, compulsory and inevitable levels and must not be used to kill.

<sup>43</sup> <http://www.mevzuat.adalet.gov.tr/html/24545.html>

<sup>44</sup> Cengiz Serkan, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Yaşam Hakkı”, TBB Dergisi , 2011, p. 385.

<sup>45</sup> Murray Daragh, Practitioners' Guide to Human Rights Law in Armed Conflict, 1. Baskı, Oxford University Press, New York, 2016, p. 1.

### 3. In case of suppression of uprising and rebellion:

In the case of suppression of an uprising or revolt in accordance with the law, death that occurs when the use of force constitutes an absolute necessity is not considered a violation of the right to life. However, in order to end the rebellion or insurrection with the use of force, state forces or third parties are not required to be in self-defense. The nature of the event must necessitate the use of force and must take place in proportion as the situation and circumstance justifies it.

#### C. LEGITIMATE WAR SITUATIONS

In the event of a war in a country, deaths caused by lawful war situations are not considered as a violation of the right to life (Article 15/2 of the ECHR). The McCann case is one of the good examples of the limitation of the right to life. The ECHR explained its case-law regarding the second article of the ECHR in its decision in this case, which was sued after the British soldiers suspected that they had assassinated three IRA members;

1. If the death of people occurred as a result of the use of force by law enforcement officers/soldiers; there must be an effective investigation into whether the use of force occurred in accordance with the law.
2. A balance should be sought between the scope of force and the interest which should be protected. Considering the outward appearance of the event, if the existence of justified reasons justifies the use of force, the fact that the external appearance changes later does not change the justification of the use of force.

In the McCann case<sup>46</sup>, the British police were informed that an IRA group would carry out an assassination attempt by detonating a car bomb with a remote control. After the car was parked, 3 IRA members got out of the car and were ordered to be arrested. During the arrest, the British police took the impression from the attitudes of these three people that these people would detonate the car by pressing the button on them or in their bags. To prevent this from happening, the police killed these three IRA members by shooting them. It was later revealed that these people were terrorists, but that they did not carry weapons at the time of the incident and that there were no bombs in the car or on them.

In the absence of violation of the right to life, “the existence of a balance between the protected interest and the applied force is not enough to prevent the violation of the right to life. Units that carry out the operation during the operation must take measures to minimize the possibility of death during the use of power. In this case, the ECHR ruled that the security units did not act by considering possible death during the operation and decided that the limits of the right to life were exceeded. However, the claim for compensation was rejected on the grounds that the killed IRA members had the intention to plant a bomb.

On the other hand, in 2001, the Turkish Constitutional Court ruled that the third article of the law numbered 4178, which was added to the Anti-Terror Law No. 3713, was contrary to the seventeenth article of the Constitution about the right to life and annulled the

---

<sup>46</sup> McCann and Others / United Kingdom, 5 September 1995, No. 17/1994/464/545, [www.echr.coe.int](http://www.echr.coe.int).

article. Annulled article: In the case of an attempt to shoot by disobeying the surrender order in operations against a terrorist organization, the security forces are authorized to hit the target directly and without hesitation in order to neutralize the terrorist. In this annulment decision, some opinions about the limitation of the right to life emerged;

- In case of non-compliance with the surrender order and an attempt to fire in the canceled article; methods of neutralization without using a weapon are not specified, and the authorization to use firearms, which should normally be given as a last resort, is given directly.
- The state is obliged to take all kinds of measures in order to protect the right to life. By law, the authority to use a weapon may be given in compulsory situations. However, in this case, in cases listed in the last paragraph of Article 17, authorized people can use weapons as a last resort.
- Disobeying the surrender order and attempting to use a weapon does not always make it necessary to shoot directly and without hesitation against the target. According to the nature of the events, without considering other remedies, the use of a weapon against the target directly and without hesitation leads to a violation of the right to life. For instance, there is a case concerning the shooting and wounding of a British citizen by Turkish armed forces during tensions in the United Nations buffer zone in Cyprus. The Court ruled that there had been a violation of Article 2 (right to life) of the Convention. The potentially lethal force used against the applicant was not considered “absolutely necessary” and was not justified by any of the exceptions permitted under Article 2 of the Convention<sup>47</sup>.

#### IV. NEGATIVE AND POSITIVE OBLIGATIONS OF THE STATE

The right to life is the basis of other rights, since the individual can enjoy other rights as long as the individual lives. As emphasized in the verdicts of the ECHR, the right to life is one of the basic values of the democratic society that formed the Council of Europe with the prohibition of torture. It is stated in Article 2 of the Convention that the right to life is under the protection of the law, and the Convention brings both negative and positive obligations to the parties. The Court declared that the state's liability is not limited to cases involving deaths that are evidently caused by an official<sup>48</sup> and measures to be taken to protect the life of the individual<sup>49</sup> and administrative measures are included with legal regulation. This means that all kinds of regulations and measures are related to every subject to protect human life. Otherwise, the responsibility of the states arises. As an example, in the case brought by a person who lost nine relatives in a landslide that occurred as a result of the explosion of gases trapped in a covered landfill in Ümraniye, Istanbul in 1993, the Court decided that especially the

<sup>47</sup> *Andreou v. Türkiye*, 27 October 2009, No: 45653/99, 55, 59, 61.; the Human Rights Department of the Ministry of Justice Directorate General for International Law and Foreign Relations, *Silahlı Çatışmalar*. T.C. Adalet Bakanlığı, 2015.

<sup>48</sup> *Salman/ Türkiye*, 27 June 2000, No: 21986/93, 105.

<sup>49</sup> *L.C.B./United Kingdom*, 9 June 1998, No 23413/94, 36; *Lambert and Others v. France*, GC, 5 June 2015, No: 46043/14, 117



metropolitan and district municipalities did not take the necessary measures, Türkiye did not show a dissuasive example for the determination of responsibilities after the event and the elimination of grievances. It ruled that the right to life was violated because the state did not carry out an effective investigation and trial. The “obligation to protect by law” significantly restricts the freedom of action of legislative bodies because it concerns procedural regulations as well as fundamental guarantees<sup>50</sup>. In “Oğur v. Türkiye<sup>51</sup>”, “Kılıç v. Türkiye<sup>52</sup>” and “Gül v. Türkiye<sup>53</sup>” cases, the ECHR emphasized that the legislation is not suitable for an independent and effective investigation in terms of crimes involving public officials or security forces and found a violation of Article 2 of the ECHR. Another example in this regard is the Talpis case. In this case, which is the subject of domestic violence that ended with the fact that the husband killed his wife, the Court stated that Italy did not show the necessary care to protect the applicant and violated its positive obligation regarding the right to life<sup>54</sup>.

The right to life of individuals who are deprived of freedom is violated in criminal investigations about the practices of some states. The court decided that the death or disappearance of detainees, convicts and etc. under the control of the state is considered in many cases as a violation of the right to life. In addition to the state’s negative obligation, the state is under the obligation to protect the person against other causes that will endanger his/her life, and even protect people from themselves. For example, the failure to take measures to prevent detainees from committing suicide is considered a violation of the state's positive obligation<sup>55</sup>. In the Oruk case<sup>56</sup>, in the deaths of six children who were playing with an unexploded bomb in the area where a military unit was doing target practice, the authorities' failure to mark the shooting area with signs and not being interested in the fate of the ammunition used after shooting was the reason why the state was held responsible for violating the right to life. Also, while interpreting the obligation to protect people from themselves, the Court points out that it is necessary not to impose an unnecessary and unavoidable burden on the state, taking into account the difficulty of predictability of human behavior and the possibilities. In the Sarhan case, in the complaint of the shepherd who was seriously injured as a result of the explosion of a mine while grazing his sheep in the military zone on the border, the court decided that the state did not violate any of its obligations within the framework of the right to life<sup>57</sup>.

The most important point taken into consideration in the implementation of which obligation is that the authorities know that the life of the person is at real and imminent risk.

<sup>50</sup> Lavrysen Laurens, Protection by the Law: The Positive Obligation to Develop a Legal Framework to Adequately Protect ECHR Rights. In: Haeck, Y., Brems, E. (eds) Human Rights and Civil Liberties in the 21st Century. Ius Gentium: Comparative Perspectives on Law and Justice, vol 30. Springer, Dordrecht, 2014.

<sup>51</sup> Oğur v. Türkiye, 20 May 1999, No: 21594/93, 52, 85-86, 91.

<sup>52</sup> Kılıç v. Türkiye, 28 March 2000, No: 22492/93, 39, 71-72, 74- 75.

<sup>53</sup> Gül v. Türkiye, 14 December 2000, No: 22676/93, 47, 91.

<sup>54</sup> Çağırın Mehmet Emin, “Uluslararası Alanda İnsan Hakları”, Ankara: Turhan Kitabevi, 2020, p. 339-340.; Talpis/ Italy, 2 March 2017, No: 41237/14, 124-5.

<sup>55</sup> Tanrıbilir/ Türkiye, 16 November 2000, No: 21422/93, 70.

<sup>56</sup> Oruk/ Türkiye, 4 February 2014, No: 33647/04, 67-8.

<sup>57</sup> Sarhan / Türkiye, 6 December 2016, No 55907/08, 58-9

In the Tanrıbilir case, in which detainees committed suicide, the court relied on this reasoning when determining that the state was not responsible. The fact that state officials did not play an active or passive role is not sufficient to eliminate the responsibility of the relevant state in events that result in death and a serious risk of death. Article 2 of the Convention imposes an obligation on the state to conduct an effective investigation in such cases, and any breach of this obligation is procedural in the Court's judgments as a violation of Article 2. For example, in the Aydın Eren and Others case<sup>58</sup>, although Türkiye had not violated its obligation to protect life, it was later found procedural faulty due to its conduct during the investigation phase. For the implementation of the right to life as set out in the contract; in cases where the person's life is in serious danger (not necessarily the loss of life), the right to life may be violated. Examining the complaint of the applicant, who was in a coma for three years after a traffic accident in the case of Igor Shevchenko<sup>59</sup>, severely injured, completely lost his ability to move on his own, and later decided that he lost his legal capacity, within the framework of the right to life, the Court stated that the positive obligation of the state includes the application of legal regulations to ensure traffic safety. It has ruled that the investigation of the traffic accident in question taking a long time and being inconclusive is a violation of the right to life. The positive and negative obligations of the state will be better understood, especially in the the sections of the death penalty, exceptions and special cases:<sup>60</sup>

#### A. DEATH PENALTY

The most important exception to the right to life is the death penalty (Article 2 did not consider the execution of the death penalty as ordered by a national Court as the violation of the right to life). The debates and public opinion about limiting and finally abolishing this penalty happened and some scholars suggested to recognize that Article 7 of the International Covenant on Civil and Political Rights, which states that no one shall be subjected to torture or cruel, inhuman or degrading punishment, should be interpreted to prohibit the death penalty<sup>61</sup>. Later, most of the states parties have abolished the death penalty by making changes in their penal laws. Between 1989 and 1999, 40 countries abolished the death penalty. Some states, such as Türkiye, have actually sided with this understanding by not executing the sentence<sup>62</sup>. Also, Türkiye is a part to the EHRC annexe 13. This protocol states that the death penalty is not imposed under any circumstances<sup>63</sup>.

<sup>58</sup> Aydın Eren and Others / Türkiye, 21 February 2006, No: 57778/00, 46,55

<sup>59</sup> Igor Shevchenko/ Ukraine, 12 January 2012, No:22737/04, 39-43,61-2

<sup>60</sup> Çağırın, p. 340-345.

<sup>61</sup> Nowak, Manfred "Is the Death Penalty an Inhuman Punishment?" In *The Jurisprudence of Human Rights Law: A Comparative Interpretive Approach*, edited by T. S. Orlin, A. Rosas, and M. Scheinin. Turku, Finland: Abo Akademi University Institute of Human Rights, 2000, p.44.

<sup>62</sup> Hood, Roger, and Carolyn Hoyle. "Abolishing the Death Penalty Worldwide: The Impact of a 'New Dynamic.'" *Crime and Justice* 38, no. 1 (2009), p. 6.; Hood, Roger, and Carolyn Hoyle, "The Abolitionist Movement: Progress and Prospects", *The Death Penalty: A Worldwide Perspective*, 4., Oxford: Oxford Academic, 2008.

<sup>63</sup> Human Rights Association, Death Penalty Cannot Be Brought Back!, retrieved from <https://ihd.org.tr/en/death-penalty-cannot-be-brought-back/>, 18 July 2016; Korff Douwe, Yaşam Hakkı- Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 2. Maddesinin Uygulanmasına İlişkin Kılavuz Kitap, translated by Özgür Heval Çınar and Abdulcelil Kaya, İnsan Hakları El Kitapları, No. 8, Avrupa Konseyi, Belçika 2006, p.90.

Based on these developments, the members of the European Council made a new regulation for the abolition of the death penalty. With the new regulation accepted as Protocol No. 6 to the Convention, the death penalty was abolished. States that want to become a party to the protocol must first abolish the death penalty in their own legal systems. Thus, as stipulated in Article 1 of the Protocol, the way to impose the death penalty or to execute previously given provisions is completely closed. However, the Protocol limits the scope of the death penalty ban for peacetime. According to the exception introduced in Article 2, the states accepting the Protocol may use provisions allowing the death penalty in their laws regarding crimes committed in time of war or when there is an imminent threat of war. About 20 years after this regulation, the members of the Council of Europe took a new step and decided that the abolition of the death penalty was necessary in order to fully protect the right to life and human dignity in the light of the findings of the ECHR. The decision is appeared as Protocol No. 13. In a short and clear way, the protocol declares that the death penalty is abolished under all circumstances.

## B. OTHER EXCEPTIONS

Article 2 of the Convention, which declares the right to life as a fundamental right, imposes an obligation on the state to protect this right, while in the second paragraph, it stipulates that some acts that cause death may constitute an exception to this right in certain situations. Deadly circumstances that do not constitute a violation of the right to life are limited to three points: the protection of a person against unlawful violence; duly arresting or preventing the escape of a duly detained person; the lawful suppression of an insurrection or rebellion. The listed situations are also those that allow the use of force, so unintentional deaths as a result of the use of force are included in the exceptions. The importance of this emerges, for example, when questioning whether the security forces causing non-mortal injury in an incident falls within the scope of Article 2. The Court examined such a situation in the *Haasz and Szabo* case<sup>64</sup>. The force used by the police against one of the applicants in the incident was not fatal. However, the Court stated that Article 2 also includes situations where it allows the use of force that may lead to unintentional death, and that this article was applied in many similar cases where the victim did not lose his life before, and stated that it would examine the applicant's complaint within the framework of the right to life. From this point of view, it determined that the force used against the applicant (shooting with a pistol) was potentially lethal and endangered not only the physical integrity but also the right to life, and decided that the right to life had been violated in the incident. It is not a "blank check" to allow state officials (security forces) to use force in the three exceptional cases. Because in the aforementioned provision, the term "absolute necessity" is used. In the above-mentioned cases, the use of force should have become an absolute necessity, and even as the Court's statement in the *Cangöz and Others* decision<sup>65</sup>, it should be more than a definite necessity. Therefore, the determination of "absolute necessity" is dependent on more stringent rules than the determination of "necessity/obligation in a democratic society", which the Convention uses as a limitation

---

<sup>64</sup> *Haász ve Szabó/ Hungary*, 13 January 2016, No:11327/14 ve 11613/14, 43-67.

<sup>65</sup> *Cangöz and Others/ Türkiye*, 26 April 2016, No:7469/06, 105.

measure in the context of private life, freedom of belief, freedom of expression and freedom of assembly. Accordingly, the force must be strictly proportional to the purposes of the situations. Likewise, when making a decision in such an event, the Court must also calculate the conditions under which the incident occurred, along with the actions of law enforcement officers. Arbitrary and unrestricted behavior of law enforcement officers is absolutely against the Convention. All use of force must be done in accordance with national law and to the extent permitted by it. National laws must be elaborated against arbitrary use of force, and appropriate and effective measures must be introduced even in the inevitable use of force. Another important point that should be addressed by the state is the proof of these exceptional situations. The state itself is obliged to prove that death as a result of the use of force is in exceptional circumstances and that the state has minimized the risk of death by fulfilling all the requirements. This burden of proof cannot be given to an applicant.

### C. SPECIAL CIRCUMSTANCES

The issue of euthanasia was discussed on the axis of the right to life and especially the right to die. Active euthanasia can be considered as the intentional ending of individual's life by another, motivated merely by the best interest of the individual who dies<sup>66</sup>. Passive euthanasia is to permit a person to die without giving required treatment to save or extend the person's life<sup>67</sup> or is directly the withdrawal of treatment at the end of life<sup>68</sup>. John Locke said that human rights cannot be given up, no one can give more authority than his/her own to someone else and a person does not have the authority to end his own life, nor is it possible for him/her to allow himself/himself to be killed<sup>69</sup>. The concept of "the right to die" has gained importance in cases where the person suffers intense pain and suffering. The ECHR examines euthanasia on the axis of the right to life, the prohibition of torture, respect for one's private life and freedom of thought, religion and conscience. In the decision of Lambert and Others v. France, the ECHR gave the "discretionary power" to the states. For instance, euthanasia is forbidden in Türkiye. The Netherlands accepted both passive and active euthanasia while Belgium and Luxembourg are other countries that have recognized euthanasia<sup>70</sup>. The Spanish parliament passed the euthanasia law that allows terminally ill or very seriously ill patients to end their suffering under strict rules. Spain became the fourth European country to allow euthanasia, with the law enacted in June 2021<sup>71</sup>. However, it is possible to deduce from Article 2 that euthanasia in cases where the patient does not consent should constitute a crime. The

<sup>66</sup> Brassington Iain. What passive euthanasia is. *BMC Med Ethics* 21, 41, 2020, p. 3

<sup>67</sup> Alanazi Mohammed Ratoubi, Alanzi Mansour Moklif. Is there a moral difference between killing and letting die in healthcare. *Int J Res Medical Sci.* 2015;3:1–10.

<sup>68</sup> Potter Jordan. The psychological slippery slope from physician-assisted death to active euthanasia: a paragon of fallacious reasoning. *Med Health Care Philos.* 2019 Jun;22(2):239-244

<sup>69</sup> 5 John Locke, *Two Treatise of Government*, London-1823, s. 114; McConnell, s. 45.

<sup>70</sup> Besiri Arzu, "Ötanazi ve Yaşam Hakkı", *TBB Dergisi*, 2009: 197- 200; Baykal Emel, "Yaşam Hakkı, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne ve Anayasa Mahkemesi'ne Göre Yaşam Hakkı", Yüksek Lisans Tezi, Kırıkkale Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, 2011, p. 37.

<sup>71</sup> Sanmartin Berrak Kanbir Rodriguez, "Aktif, pasif ötanazi ve yardımcı intihar nedir? Hangi Avrupa ülkelerinde hangi uygulamalar var? ", 25 October 2021.

right to life does not include the euthanasia that a mentally ill or physically disabled person is subjected to without his or her consent<sup>72</sup>.

A situation regarding the right to life is whether people can end their own life and whether women have the right to terminate their pregnancy voluntarily. The *Pretty case*<sup>73</sup> is a good case to assess whether or not a person can end his/her own life. Mrs. Pretty, who was diagnosed with a neurodevelopmental disease that could not be cured by medical science at that time, and was subsequently completely paralyzed and was diagnosed with death in a very painful manner, requested permission from the United Kingdom to be killed by her husband. After his request was rejected by the United Kingdom, he applied to the European Court of Human Rights and claimed that the right to life in the second article of the Convention also gave him the right to end his life, and she argued that the United Kingdom, which rejected his request, violated the Convention. The court examined the allegation and decided that it was not correct to interpret the second article in a way that would give the right to kill oneself, and also decided that no individual or state could be an intermediary for this. To give another example, the *Haas case*<sup>74</sup> is an important case in this regard. The applicant was struggled with bipolar affective disorder for a long time and does not want to live anymore. The lethal substance he wanted was sold by pharmacies with permission, and since the psychiatric evaluations declared that the applicant did not comply with the necessary conditions for taking the drug, his request to take the drug was rejected. The person claimed that he has the right to decide when and how he would die and that he violated this European Convention on Human Rights regarding the right to life. The court decided that there was no violation of this issue, which the court dealt with under the private life article (article 8) of the Convention. The court said that the Convention did not give individuals a right to determine when and how they would die. The Court has declared that there is no common harmony between the countries regarding the decision of death of people, and therefore, the countries have a wide margin of appreciation.

Secondly, there is no certainty on whether the positive obligations stated in the second article of the Convention are applied to the fetus, and if the answer is positive, there is no certainty on which conditions and from when can be applied. Who is covered by the word "everyone" in the second article and when the life that needs to be protected begins are important questions to be answered. In the fourth article of the American Convention on Human Rights, the words "starting from the moment of conception" give the answers to the questions clearly. The ECHR, on the other hand, favors the judiciary to give the definitive answer, since the provision regarding the right to life is open to interpretation. However, the judiciary organs did not reach a clear conclusion on this issue. For example, in some of its decisions, the ECHR did not comment on the validity of the right to life for fetuses<sup>75</sup>, and in others, it considers abortion necessary if the mother's life and health is at stake<sup>76</sup>. In fact, in some cases where

---

<sup>72</sup> Haris David, O'Boyle Michael, Bates Ed, Buckley Carla, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hukuku, translated by Mehveş Bingöllü Kılıç, Ankara, Avrupa Konseyi Yayınları, 2013.

<sup>73</sup> *Pretty/ United Kingdom*, 29 April 2002, No: 2346/02, 39-40

<sup>74</sup> *Haas/ Switzerland*, 20 January 2011, No 31322/07, 56 -61

<sup>75</sup> *Boso/ Italy*, 5 September 2002, No:50490/99

<sup>76</sup> *Vo/ France*, 8 July 2004, No: 53924/00, 75

abortion was prevented, the ECHR considered this situation as "ill-treatment and torture"<sup>77</sup>. As a result, regarding the second article, the Court has not made a definite judgment about the beginning of everyone's right to life and whether children who have not been born yet have the right to life<sup>78</sup>. It is understood from the decisions made by the judicial organs on this issue that there is no jurisprudence or a legal perspective on this issue, and the biggest obstacle is the differences in the perspectives on the issue at the national level. In addition, the criminal liability of the individual in domestic law and the responsibility of the state under the Convention are different situations. The ECHR is not concerned with whether individuals are guilty or not. For the ECHR, it is important whether the state violates a human right protected under the convention<sup>79</sup>.

## CONCLUSION

Before the Second World War, there was not enough international regulation about human rights. Especially, human rights in Europe with the adoption of the ECHR in the 1950s gained a strong guarantee. Article 2 of the ECHR, which begins with the statement "Everyone's right to life shall be protected by law..."; has protected the right to life, which is one of the most fundamental values of democratic societies. Article 2 regulates that an individual's life cannot be arbitrarily terminated. However, Article 2 of the Convention did not clearly define the concept of the right to life and did not specify the scope of the right. The gap in this matter have been tried to be filled with the case law of the ECHR. The concept of the right to life caused controversial issues which abortion, euthanasia, hunger strike and the existence of the death penalty. There is not yet an internationally accepted understanding that people have the right to die by using suicide or euthanasia methods<sup>80</sup>. While abortion finds application in some countries, it is prohibited by some countries. The ECHR has expressed an opinion that the regulation of the relevant subject is an "internal matter of the states" and that the states should bring regulations on the subject in line with their own national laws. The issue of euthanasia was discussed on the axis of the right to life and especially the right to die. The concept of "the right to die" has gained importance in cases where the person suffers intense pain and suffering. The ECHR examines euthanasia on the axis of the right to life, the prohibition of torture, respect for one's private life and freedom of thought, religion and conscience. In the decision of Lambert and Others / France, the ECHR gave the "discretionary power" to the states. For instance, euthanasia is forbidden in Türkiye. Among the regulations that bring exceptions to the right to life, there is the application of the death penalty. The death penalty, a method of punishment, is highly controversial. Individuals are left "undefended" before the state and it is a penalty that cannot be corrected in case of mistake. The death penalty was abolished with the Protocols Annex No. 6 and 13. Law enforcement is the guarantor of human rights, ensures and protects the public order and protects individual rights and freedoms. Law enforcement officers have the right to use force which is absolutely

<sup>77</sup> R.R. v. Poland, 26 May 2011, No: 27617/04.

<sup>78</sup> H./Norveç, 19 May 1992, No: 17004/90.

<sup>79</sup> Bahadır Oktay, "Yaşama Hakkı", Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2015, p. 183.

<sup>80</sup> Mathieu, Bertrand. The Right to Life in European Constitutional and International CaseLaw. Belgium: Council of Europe Publishing, 2006

necessary and proportionate. Also, the article 2 of the Convention gives obligations the state for fulfilling. With the ECHR and additional protocols, the scope of the obligations of the state has been expanded against the protection of the right to life. The state should take preventive measures to protect innocent persons. It is an important decision in terms of "violation of the obligation to protect persons at risk.

The situation of Türkiye's human rights record is not particularly promising in terms of the right to life. According to the statistics of the ECHR, Türkiye ranked first among the countries party to the Convention in terms of violations of rights between 1959 and 2018. Between 1958 and 2018, the ECHR made 137 violation decisions against Türkiye regarding the "deprivation of the right to life" in terms of Article 2 of the Convention, and 219 violations in terms of the "obligation of effective investigation". Türkiye is in the "second place" with 356 violations of the right to life<sup>81</sup>. The right to life means that a person is born with a full body integrity, then the person develops his life appropriately, and lastly, there is no restriction, influence or attempt to destroy the existence. This right is such a right that if it is damaged, the person will be condemned from all other rights; because the person will no longer be alive. Life is something that is given once and can never be found when lost. Therefore, it is necessary to be careful when evaluating the right to life. While the protection of rights by the state is essential, there is no harm in saying that the most important perpetrator of the violation of the right to life is the state. This leads us to the fact that the right to life is a fundamental right that should not be violated by the state in any way by violating the law and the ECHR. Basically, this right should be guaranteed by the state and protected even under the most difficult conditions (war, state of emergency, etc.).

---

<sup>81</sup> [https://www.echr.coe.int/Documents/Stats\\_violation\\_1959\\_2018\\_ENG.pdf](https://www.echr.coe.int/Documents/Stats_violation_1959_2018_ENG.pdf), (Access date: 12.12.2022).



## REFERENCE

- African Charter on Human and Peoples' Rights. Nairobi, Kenya: Organisation of African Unity, 01 June 1981.
- Akıncı Şahin. *Türk Özel Hukukunda İnsan Kökenli Biyolojik Madde(Organ-Doku) Nakli Kavramı ve Bundan Doğan Hukuki*. Ankara : Yetkin Yayınları, 1996.
- Alanazi Mohammed Ratoubi, Alanzi Mansour Moklif. "Is there a moral difference between killing and letting die in healthcare." *International Journal of Research in Medical Sciences* 3, no. 1 (2015): 1–10.
- Arslan Zühtü. "Fundamental Rights and Liberties." In *International Encyclopaedia of Laws*, edited by V. Bıçak and Z. Arslan. Turkey: Kluwer Law International, 2004.
- Aybay Rona. *İnsan Hakları Hukuku*. İstanbul: İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2015.
- Bahadır Oktay. *Yaşama Hakkı*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2015.
- Barak Aharon. *Proportionality: Constitutional Rights and their Limitations*. Translated by Doron Kalir. Cambridge: Cambridge University Press, 2012.
- Baykal Emel. Yaşam Hakkı, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne Ve Anayasa Mahkemesi'ne Göre Yaşam Hakkı (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi). *Kırıkkale Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı Yüksek Lisans Tezi*. 2011.
- Besiri, Arzu. "Ötanazi ve Yaşam Hakkı." *TBB Dergisi*, 2009: 197- 200.
- Bozkurt, Enver. *İnsan Haklarının Korunmasında Uluslararası Hukukun Rolü*. Ankara: Nobel, 2003.
- Brassington Iain. "What passive euthanasia is." *BMC Medical Ethics* 21 , 2020: 1-13.
- Cengiz Serkan. "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Yaşam Hakkı." *TBB Dergisi* , 2011 .
- Çağırın Mehmet Emin. *Uluslararası Alanda İnsan Hakları*. Ankara: Turhan Kitabevi, 2020.
- Çağlayan Ramazan. "Hukukumuzda Kamu Tüzel Kişiliği Kavramı Ve Kıstasları." *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, no. 7 (2016).
- Çetin Evra "1982 Anayasası'nda Sosyal Haklar ve Avrupa Sosyal Şartı'na Dair Spesifik Sorunlar." *İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı Master Thesis*. 2008.
- Daragh Murray. *Practitioners' Guide to Human Rights Law in Armed Conflict*. 1. New York: Oxford University Press, 2016.
- Deleuze Gilles. "İnsan Hakları Üzerine." *Tesmersekdiz(04)*, 2009: 116- 118.
- Doğmuş Simay. *AİHS Işığında Devletlerin Yaşama Hakkına İlişkin Pozitif Yükümlülükleri*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2018.
- Eide Asbjørn. "Economic, Social and Cultural Rights As Human Rights." In *Economic, Social and Cultural Rights*, edited by Asbjørn Eide, Catarina Krause and Allan Rosas, 21-41. Netherlands: Martinus Nijhoff Publishers, 1995.
- Erdoğan Mustafa. *İnsan Hakları Teorisi ve Hukuku*. Ankara: Hukuk Yayınları, 2019.
- Erman Barış. *Ceza Hukukunda Tıbbi Müdahalelerin Hukuka Uygunluğu*. Ankara: Seçkin Yayınları, 2003.
- European Court of Human Rights. "Rome, 4.XI." Council of Europe, 1950.
- Gemalmaz Mehmet Salih. *Birleşmiş Milletler Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi İnsan Hakları Komitesi Kararında Yaşam Hakkı ve İşkence Yasası*. İstanbul: İstanbul Barosu Yayınları, 2002.
- Gölcüklü Feyyaz, Gözübüyük Şeref. *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması*. 3. Ankara: Turhan Kitabevi, 2002.

- Güzeldağ Sibel. "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türk Ceza Kanunu Açısından Yaşam Hakkı İhlalleri." *Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kamu Hukuku, Yüksek Lisans Tezi*. Bursa: Bursa Uludağ Üniversitesi, 2020.
- Haris David, O'Boyle Michael, Bates Ed, Buckley Carla. *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hukuku*. Translated by Mehveş Bingöllü Kılci. Ankara: Avrupa Konseyi Yayınları, 2013.
- Hobbes Thomas. *Leviathan*. Translated by Semih Lim. İstanbul: Kazım Taşkent Klasik Yapıtlar Dizisi, Yapı Kredi Yayınları, 2007.
- Hood Roger, Carolyn Hoyle. "Abolishing the Death Penalty Worldwide: The Impact of a 'New Dynamic.'" (Crime and Justice) 38, no. 1 (2009): 1–63.
- Human Rights Association. *Death Penalty Cannot Be Brought Back!* July 18 , 2016. <https://ihd.org.tr/en/death-penalty-cannot-be-brought-back>.
- Inter-American Convention on Human Rights. San José, Costa Rica: American states, 22 November 1969 .
- International Covenant on Civil and Political Rights. «General Assembly resolution 2200A (XXI).» 16 December 1966.
- Kaboğlu İbrahim Özden. *Özgürlükler Hukuku*. Ankara: İmge Kitabevi, 2002.
- Karaosmanoğlu Fatih. *İnsan Hakları*. Ankara: Seçkin Yayıncılık A.Ş., 2011.
- Kitapçioğlu Tülay. "Türk Ceza Kanunu'nda Çocuk Düşürtme Suçu." *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi* 18, no. 1 (2012): 297-334.
- Korff Douwe. *Yaşam Hakkı- Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 2. Maddesinin Uygulanmasına İlişkin Kılavuz Kitap* . Translated by Heval Çınar Özgür and Abdulcelil Kaya. Belgium: İnsan Hakları El Kitapları, No. 8, Avrupa Konseyi, 2006.
- Kuçuradi İoanna. *İnsan Hakları: Kavramları ve Sorunları*. Ankara: Türkiye Felsefe Kurumu, 2016.
- Lavrysen Laurens. *Protection by the Law: The Positive Obligation to Develop a Legal Framework to Adequately Protect ECHR Rights*. Vol. 30, in *Human Rights and Civil Liberties in the 21st Century*, edited by Yves Haeck and Eva Brems. Springer, Dordrecht: Ius Gentium: Comparative Perspectives on Law and Justice book series, 2014.
- Ling John R. *When does human life begin? Christian thinking and contemporary opposition*. The Christian Institute, 2011.
- Locke John. *Two Treatise of Government*. London, 1823.
- Malraux André. *Karşı Anılar*. 1. Translated by Ömer Laçiner. İletişim Yayınları: İstanbul, 2011.
- Mathieu, Bertrand. *The Right to Life in European Constitutional and International Case-Law* . Belgium: Council of Europe Publishing, 2006.
- Murray Ross, Jenner John. *Revise HSC Studies of Religion*. Pascal Press, 2003.
- Nowak Manfred. *Is the Death Penalty an Inhuman Punishment?" In The Jurisprudence of Human Rights Law: A Comparative Interpretive Approach*. Edited by T. S. Orlin, A. Rosas and M. Scheinin. Turku, Finland: Abo Akademi University Institute of Human Rights, 2000.
- Opsahl Torkel. "The Right to Life." In *The European System for the Protection of Human Rights*, translated by Ronald Macdonald, Franz Matscher and Herbert Petzold, 207-223. The Netherlands: Martinus Nijhoff Publishers, 1993.
- Potter Jordan . "The psychological slippery slope from physician-assisted death to active euthanasia: a paragon of fallacious reasoning." *Med Health Care Philos* 22, no. 2 (2019): 239-244.

- Regulation on Organ and Tissue Transplantation Services. «No: 28191.» *Republic of Turkey Ministry of Health*. 2012.
- Rehman Javid. *International Human Rights Law*. London: Pearson, 2010.
- Roger Hood, Carolyn Hoyle. *The Abolitionist Movement: Progress and Prospects', The Death Penalty: A Worldwide Perspective*. 4. Oxford: Oxford Academic, 2008.
- Rousseau Jean Jacques. *Toplum Sözleşmesi*. 9. Translated by Vedat Günyol. İstanbul: Hasan Ali Yücel Klasikler Dizisi, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, 2012.
- Sanmartin, Berrak Kanbir Rodriguez. *Aktif, pasif ötanazi ve yardımcı intihar nedir? Hangi Avrupa ülkelerinde hangi uygulamalar var?* 25 October 2021. <https://tr.euronews.com/2021/10/25/aktif-pasif-otanazi-ve-yard-ml-intihar-nedir-hangi-avrupa-ulkelerinde-hangi-uygulamalar-va> (accessed December 12, 2022).
- Serozan, Rona. *Tüzel Kişiler*. İstanbul: Filiz kitabevi, 1994.
- Tacir Hamide. "Yaşama Hakkı Kapsamında Yaşamın Başlangıcı." *Marmara Üniversitesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Prof.Dr.Nur Centel'e Armağan* 19, no. 2 (2013).
- TDK. *Yaşam*. n.d. <https://sozluk.gov.tr/> (accessed September 23, 2023).
- Tezcan Durmuş, Erdem Mustafa Ruhan, Sancakdar Oğuz, Önok Murat. *İnsan Hakları El kitabı*. 6. cilt. Ankara: Seçkin Yayınları, 2002.
- The European Union Charter of Fundamental Rights. *Official Journal of the European Communities*. European Union, 18 December 2000.
- The Human Rights Department of the Ministry of Justice Directorate General for International Law and Foreign Relations. *Silahlı Çatışmalar*. T.C. Adalet Bakanlığı, 2015.
- Turkish Civil Code. "Official Gazette." No. 24607. 22 November 2001.
- United Nations. *International Covenant on Civil and Political Rights, CCPR/C/GC/36*. September 3, 2019.
- Universal Declaration of Human Rights. Paris: United Nations General Assembly, 10 December 1948.
- Uygun Çağatay. "Organ ve Doku Nakli." *İstanbul Barosu Dergisi*, 2016: 157-178.
- Wicks Elizabeth. *The Right to Life and Conflicting Interests*. New York: Oxford University Press, 2010.
- Xenos Dimitris. "Taking the state's positive obligations seriously." Durham theses, Durham University, 2009.

## CASES

- A. and Others v. Türkiye, 27 July 2004, No: 30015/ 96,340
- Andreou v. Türkiye, 27 October 2009, No: 45653/99, 55, 59, 61.
- Aydın Eren and Others v. Türkiye, 21 February 2006, No: 57778/00, 46,55
- Boso v. Italy, 5 September 2002, No:50490/99
- Cangöz and Others v. Türkiye, 26 April 2016, No:7469/06, 105
- Evans v. United Kingdom, 10 April 2007, No. 6339/05, 19, 56
- Gül v. Türkiye, 14 December 2000, No: 22676/93,, 47, 91
- H. v. Norveç, 19 May 1992, No: 17004/90
- Haász ve Szabó v. Hungary, 13 January 2016, No: 11327/14 ve 11613/14, 43-67
- Haas v. Switzerland, 20 January 2011, No: 31322/07, 56 -61

- Igor Shevchenko v. Ukraine, 12 January 2012, No:22737/04, 39-43,61-2
- Kılıç v. Türkiye, 28 March 2000, No: 22492/93, 39, 71-72, 74- 75.
- Lambert and Others v. France, 5 June 2015, No: 46043/14, 117
- L.C.B. v. United Kingdom, 9 June 1998, No: 23413/94, 36
- McCann and Others v. United Kingdom, 5 September 1995, No: 17/1994/464/545
- Oğur v. Türkiye, 20 May 1999, No: 21594/93, 52, 85-86, 91.
- Oruk v. Türkiye, 4 February 2014 ,No: 33647/04,340
- Öneryıldız v. Türkiye, 30 November 2004, No: 48939/99, 74,96,110,118.
- Pretty/ United Kingdom, 29 April 2002, No: 2346/02, 39-40
- R.R. v. Poland, 26 May 2011, No: 27617/04.
- Salman/ Türkiye, 27 June 2000, No: 21986/93, 105.
- Sanles Sanles v. Spain, 26 October 2000, No. 43335/99.
- Sarıhan / Türkiye, 6 December 2016, No 55907/08, 58-9
- Talpis/ Italy, 2 March 2017, No: 41237/14, 124-5
- Tanrıbilir/ Türkiye, 16 Kasım 2000 No: 21422/93, 70
- Vo/ France, 8 July 2004, No: 53924/00, 75
- W.P. v. United Kingdom, App. No. 8416/78



İntihal | Plagiarism: Bu makale, en az iki hakem tarafından incelendi ve intihal içermediği teyit edildi.  
| This article has been reviewed by at least two referees and scanned via a plagiarism software.

# İDARE HUKUKUNDA GEREKÇE İLKESİ VE SAĞLADIĞI HUKUKİ KORUMA

## THE PRINCIPLE OF JUSTIFICATION IN ADMINISTRATIVE LAW AND THE LEGAL PROTECTION IT PROVIDES

Dr. Öğr. Üyesi Ayşe Almila Tanrıverdi\*

### ÖZ

Gerekçe ilkesi idari işlem açısından oldukça önemlidir. Bu önem, öncelikle hukuk devleti ilkesi ile gerekçe ilkesinin yakın ilişkisinden kaynaklanır. Gerekçe ilkesi, idare ve birey arasındaki ilişkiye de yön veren bir unsurdur. Gerekçe ilkesi, idareyi hukuk devletine yaklaştırarak bireyi idarenin karşısında tebaa olmaktan çıkarır. Sadece bu sonuç bile gerekçe ilkesini diğer idari usul ilkelerinin arasında farklı bir yere taşır. Bu noktada gerekçe ilkesinin yasal bir düzenlemesinin olup olmaması sorunu karşımıza çıkar. Türk idare hukukunda idari usule ilişkin genel ya da özel bir yasal düzenleme bulunmamaktadır. Esasen bir yasal düzenleme ihtiyacı olmaksızın 1982 Anayasasının 2. maddesinde yer alan hukuk devleti ilkesi gerekçe ilkesinin yasal dayanağı olarak kabul edilebilir. Gerekçe ilkesi hukuk devleti ilkesinin bir sonucu ve gereği olduğu düşünüldüğünde aslında bu sonuç kaçınılmaz olacaktır. Diğer taraftan gerekçe ilkesinin idarenin takdir yetkisini sınırlandırması gibi bir sonucu da bulunmaktadır ki bu da yine hukuk devleti ilkesi ile ilişkili ve hukuk devleti ilkesinin bir sonucudur.

**Anahtar Kelimeler:** Hukuk Devleti, İdari İşlem, Gerekçe İlkesi, Gerekçe Yükümlülüğü.

\* Gaziantep Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku Ana Bilim Dalı.  
0000-0002-5215-1527 almila@gantep.edu.tr



Bu eser Creative Commons Atıf-Gayri Ticari-Türetilemez 4.0 Uluslararası Lisansı ile lisanslanmıştır.  
This work is licensed under a Creative Commons Attribution-NonCommercial-NoDerivatives 4.0 International License.

## ABSTRACT

The principle of justification is very important in terms of administrative action. This importance arises primarily from the close relationship between the rule of law principle and the principle of justification. The principle of justification is also an element that directs the relationship between the administration and the individual. The principle of justification brings the administration closer to the rule of law and removes the individual from being a subject before the administration. Even this result alone carries the principle of reason to a different place among other principles of administrative procedure. At this point, the question of whether there is a legal regulation of the principle of justification arises. There is no general or specific legal regulation on administrative procedure in Turkish administrative law. Essentially, without the need for a legal regulation, the rule of law principle in Article 2 of the 1982 Constitution can be accepted as the legal basis of the principle of justification. Considering that the principle of justification is a result and necessity of the rule of law, this result will actually be inevitable. On the other hand, the principle of justification has a consequence of limiting the discretion of the administration, which is also related to the rule of law and a result of the rule of law.

**Keywords:** State of Law, Administrative Action, Principle of Justification, Obligation of Justification.



## GİRİŞ

İdari işlemler bir sebebe dayanarak düzenlenir. İdari işlemin gerekçesi ise idari işlemin sebebinin metinde gösterilmesidir. Her idari işlemin sebebi olmakla birlikte her idari işleminde gerekçe gösterilmemektedir. Tam da bu nedenle, özellikle bireyin temel hak ve özgürlüğünü etkileyen, idarenin bireyin talebini reddettiği işlemlerde gerekçe gösterilmesi önem arz etmektedir.

Gerekçenin idari işlemde gösterilmesi, her şeyden önce birey için manevi tatmin sağlayacaktır. İdarenin birey üzerindeki etkisi ve aralarındaki eşitsizlik hâli göz önüne alındığında bireyin idarenin işleminin gerekçesini öğrenmesi son derece önemlidir. İdare, aslında işlemin gerekçesini açıklayarak bireye saygı duyduğunu da göstermektedir. Dolayısıyla bu tutum, bireyi hukuk devleti ilkesine yakışan bir seviyeye de çekmiş olacaktır. Aynı zamanda idare, bu tutumuyla hesap verebilen, işlemin gerekçelerini yapılış nedenlerini, neden başka bir işlem yapmadığını açıklayan bir konumunda olacaktır. Bu da özellikle idare üzerinde doğuracağı sonuçlar bakımından son derece önemlidir. İdare bu tutumuyla “sınırlandırılmayı” kabul etmiş olacaktır. Aynı zamanda, keyfi ya da belirsiz gerekçelerle işlem yapmadığını gerekçe yazarak ilan etmiş olacaktır.

Gerekçe ilkesi, bir hak olarak düşünüldüğünde hakkın tanınmasını sağlayacak en temel düzenleme hukuk devleti ilkesi olacaktır. Aynı zamanda gerekçe yükümlülüğünün başta temel hak ve özgürlükleri koruma noktası olmak üzere hukuk devleti bağlamında doğuracağı sonuçlar da vardır.

Bu çalışma, gerekçe ilkesinin bir hak olduğu vurgusuyla, gerekçe ve sebep ilişkisini, idare birey arasındaki ilişkinin gerekçe yükümlülüğünden nasıl etkilendiğini, ülke uygulamalarında gerekçe yükümlülüğünün düzenlenme biçimini, Danıştay kararlarında ilkeye nasıl yer verildiğini incelemektedir. Ayrıca Anayasa Mahkemesi kararlarında gerekçeli karar hakkını inceleyerek Anayasa Mahkemesinin gerekçeli karar hakkına ilişkin tutumunun gerekçeli işlem hakkında uygulanıp uygulanmayacağını değerlendirmektedir.

## I. GEREKÇE İLKESİ VE HUKUK DEVLETİ

Hukuk devleti, *“insan haklarına saygı gösteren, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, her eylem ve işlemi hukuka uygun olan, her alanda adaetli bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, Anayasa’ya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, hukuku tüm devlet organlarına egemen kılan, Anayasa ve hukukun üstün kurallarıyla kendini bağlı sayıp yargı denetimine açık olan, yasaların üstünde yasa koyucunun da bozamayacağı temel hukuk ilkeleri ve Anayasa’nın bulunduğu bilincinden uzaklaştığında niteliğinin geçersiz kalacağını bilen devlet”* olarak tanımlanmaktadır<sup>1</sup>. Hukuk devletine getirilen bu tanımdan da anlaşılacağı üzere idarenin işlemleri ile hukuk devleti arasında hukukun tüm devlet organlarına egemen kılınması, hukuk kurallarıyla bağlı kalınıp yargı denetimine açık olunması, her şeyin üstünde

<sup>1</sup> Ramazan Yıldırım. *İdare Hukuku Kavramları Sözlüğü*, Konya: Mimoza Yayınları, 2006, s. 204.

temel hukuk ilkelerinin bulunması gibi bağlar bulunmaktadır<sup>2</sup>. Bu bağlar da idarenin, işlem ve eylemlerin de hukuka uygun davranması sonucunu doğurmakta, İdare hukuk devleti ilkesine uygun olarak hareket ettiğinde idari işlemlerin düzenlenme biçimi de bu durumdan etkilenmektedir.

İdare, işlemlerini beş temel unsurun varlığına göre düzenler. Bunlar; yetki, şekil, sebep, konu ve amaç unsurlarıdır. İdari işlemlerin düzenlenmesinde hukuka uygunluk şartı, bu beş unsurla ifade edilmektedir. Ancak hukuk devleti ilkesinin sonucu olarak ortaya çıkan başka ilkeler de vardır. Gerekçe yükümlülüğü de bunlardan biridir. İdarenin işlemlerinde gerekçe gösterme yükümlülüğü hukuk devletinin temel taşları arasında görülmektedir<sup>3</sup>. Gerekçe ilkesi, hukuka uygun kararların düzenlenmesini ve kararın adil ve doğru olmasını amaçlamaktadır<sup>4</sup>. İdare, gerekçe ilkesiyle hukuk devletine uygun davranmaya zorlanmaktadır<sup>5</sup>. Esasen hukuk devleti ilkesi, gerekçe yükümlülüğünün temel dayanağıdır<sup>6</sup>. 1982 Anayasasının 2. maddesinde belirtilen hukuk devleti ilkesi, bilgi edinme, dinlenilme hakları ve diğer idari usul ilkeleri ve dava hakkı, savunma hakkı gibi haklarla doğrudan ilgili olan gerekçe ilkesinin yasal dayanağı olarak kabulü gerekir<sup>7</sup>.

İdarenin aldığı kararlarda gerekçe göstermesinin bazı olumlu sonuçları olacaktır. İdari işlemlerde gerekçe gösterilmesi hem bireye hukuk güvenliği sağlayacak hem de idareye aldığı kararları hukuka uygun olarak tesis etmesi imkânını getirdiğinden idarenin sorumluluktan kurtulmasını sağlayacaktır<sup>8</sup>. İdarenin işleyişinin belirli usul kurallarına bağlanması gerekliliği, bireylerin hukuki güvenliğinin sağlanması içindir<sup>9</sup>. Gerekçe yükümlülüğü, idarenin kendi kendini denetleyerek hukuka aykırı davranmaktan kaçınmasını sağlayan idareyi doğru karara götüren bir araçtır<sup>10</sup>. Gerekçe belirtme yükümlülüğü aynı zamanda idareyi tutarlı ve rasyonel bir idare modeline dönüştürmesi bakımından da önemlidir<sup>11</sup>.

Gerekçelenmemiş idari işlem olgusunun dayanağı, feodal sistemin vazgeçilmez unsurları olan ve idare ile yönetilen kavramlarını tanımlayan kral-tebaa ilişkisi, diğer bir ifade ile geleneksel yapı olarak görülmektedir<sup>12</sup>. Bu yapının da bireye tanınacak hak ve özgürlükler olmak üzere belirli yollarla değişeceği düşünülmektedir. Örneğin; bilgi edinme hak ve özgürlüğü,

<sup>2</sup> Bkz. Ramazan Çağlayan. *İdare Hukuku Dersleri*, Ankara: Adalet Yayınevi, 2019, s. 100 vd.

<sup>3</sup> Sinan Seçkin. "Türk İdare Hukukunda İdari İşlemlerde Gerekçe İlkesi". Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi, 2014, s. 63.

<sup>4</sup> Erhan Tural. "İdari İşlemin Gerekçelenmesi". Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Gazi Üniversitesi, 2006, s. 64.

<sup>5</sup> Seçkin, s. 62.

<sup>6</sup> Bahtiyar Akyılmaz. *İdari İşlemlerde Gerekçe Yükümlülüğü*, A, Şeref Gözübüyük'e Armağan, Ankara: Turhan Kitabevi, 2005, s. 21.

<sup>7</sup> Akyılmaz, Gerekçe, s. 35.

<sup>8</sup> Zehra Odyakmaz. "Hazırlanmakta Olan İdari Usul Kanunu Açısından Demokratikleşme Sürecinde Şeffaflaşma ve Bireye Tanınan Haklar", *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 1/2 (1999), s. 13.

<sup>9</sup> Mehpere Çaptuğ. "İdari Usul Hukukunda Hukuki Güvenlik İlkesi", Yayımlanmamış Doktora Tezi, Dokuz Eylül Üniversitesi, 2020, s. 234.

<sup>10</sup> Şeref Gözübüyük ve Turgut Tan, *İdare Hukuku Genel Esaslar Cilt I*, Ankara: Turhan Kitabevi, 2014, s. 480

<sup>11</sup> Cemil Kaya. Fransız Hukukunda Vize Reddi, Gerekçe Yükümlülüğü ve Conseil d'Etat Denetimi", *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2001, 9/3-4 (2001), s. 110.

<sup>12</sup> Cemil Kaya. "İngiliz İdare Hukukunda Gerekçe Belirtme Yükümlülüğü İlkesi", in *A. Şeref Gözübüyük'e Armağan*, Turhan Kitabevi 2005, s. 216.

yönetimde açıklığı sağlayan, bireyleri tebaa durumundan çıkarıp, sunulan kamu hizmetlerinden yararlanan statüsüne yükselten, gün ışığında yönetim ya da yönetimde demokrasinin en önemli unsurlarından birisidir<sup>13</sup>. Dolayısıyla idareyi sınırlayan ve denetleyen böylesi hak ve özgürlüklerin tanınması devletleri hukuk devleti ilkesine yaklaştıracaktır. İdare, gerekçe ilkesiyle hukuk devleti sınırları içinde kalmaya, kamu gücünü kullanırken daha dikkatli davranmaya zorlanmaktadır<sup>14</sup>. İdareyi hukukun içinde kalarak hareket etmeye zorlayan, hukuk devleti ilkesidir<sup>15</sup>.

Günümüzde, demokratik toplumların temel özelliği, hak ve özgürlüklerin soyut kavramlar olmaktan çıkartılıp kurum ve usullerle güvence altına alınmasıdır<sup>16</sup>. Kamu gücünün sınırlandırılarak ehlileştirilmesi ve böylelikle meşrulaştırılması çabası, hukuk devleti ilkesinin ve idare hukukunun gelişimiyle somutlaşmaktadır<sup>17</sup>. Bir hukuk devletinde olmaması gereken durum “hukuk dışı bir işleme maruz kalan bir vatandaşın giderek karmaşıklaşan bir hukuk labirenti içinde haklarının tam kapsamını bilmediği için itiraz sürelerini geçirmesi veya yetkili olmayan bir mercie müracaat etmesi” olarak görünmektedir<sup>18</sup>.

“İdare yapmışsa bir sebebi vardır” mantığıyla hareket edilememesi, hukuk devletinin gereğidir<sup>19</sup>. Her ne kadar idarenin işlemleri hukuka uygunluk karinesinden yararlı olsa da bu idarenin keyfi ya da hukuk dışı işlemler yapabilmesi için bir araç değildir. Dolayısıyla hukuka uygunluk karinesinden faydalanılsa da idare yaptığı işlemin sebebini işlemlerinde göstermelidir. Bu da sebebin yazıya dökülmesiyle yani gerekçe yazımıyla mümkündür.

#### A. HAK VE ÖZGÜRLÜKLERİN KORUNMASI ARACI OLARAK GEREKÇE İLKESİ

Gerekçe ilkesi, bireyin hukuki korumasının ayrılmaz bir parçası olarak görülmektedir<sup>20</sup>. Esasen gerekçe, usulü bir ilke olmasından önce bir savunma hakkıdır<sup>21</sup>. Gerekçe ilkesi başta savunma hakkı olmak üzere çeşitli anayasal hakların kullanılması için “ön şart” olarak kabul edilmektedir. İdari işlemin gerekçesini bilmeyen kişinin, işlemin hukuka aykırılığını sağlamak dayanaklarla ileri sürmesi beklenemeyeceğinden, gerekçe hakkının kabul edilmemesi savunma hakkını anlamsızlaştıracaktır<sup>22</sup>. Savunma hakkının etkinliği, mevcut durumun sebeplerinin

<sup>13</sup> Ramazan Yıldırım. “İdare Hukuku Açısından Bilgi Edinme Hak ve Özgürlüğü”, T.C. Başbakanlık İdari Usul Kanunu Hazırlığı Uluslararası Sempozyumu Bildiriler Kitabı, Başbakanlık Basımevi, Ankara, Ocak 1998, s.51.

<sup>14</sup> Seçkin, s. 1.

<sup>15</sup> Ramazan Çağlayan. “Türk Hukukunda İdarenin Takdir Yetkisinin Yargısal Denetimi”, *Atatürk Üniversitesi Erzurum Hukuk Fakültesi Dergisi*, 7/3-4 (2003), s. 207.

<sup>16</sup> Boulanger, Özge Didem. İdari İşlemin Sebep unsuru, Yayımlanmamış Doktora Tezi, Marmara Üniversitesi, 2016, s. 189.

<sup>17</sup> Burak Öztürk. “İdari İşlemin Sebep unsuru: Yeni Bir Tanım Denemesi”, *Prof. Dr. Metin Günday Armağanı*, (2020), s. 1036.

<sup>18</sup> Patrick Goffaux, “La Transparence Administrative Et Motivation Formelle Des Actes Administratifs En Belgique”, T.C. Başbakanlık, İdari Usul Kanunu Hazırlığı Uluslararası Sempozyumu Bildiriler Kitabı, Ankara: T.C. Başbakanlık Basımevi, 1998, s.164.

<sup>19</sup> Boulanger, s. 150.

<sup>20</sup> Akyılmaz, Gerekçe, s. 21.

<sup>21</sup> Tekin Akıllıoğlu. “Yönetsel İşlemlerde Gerekçe İlkesi”, *Amme İdaresi Dergisi*, 15/2 (1982), s. 15.

<sup>22</sup> Akyılmaz, Gerekçe, s. 33.

aktarılarak gerekçe yükümlülüğüyle, mevcut durumun belirlenmesine yardımcı olarak da dinlenilme hakkı ile sağlanmaktadır<sup>23</sup>.

Gerekçe, idarenin işlem tesisine neden olan olayları göz önünde bulundurup bulundurmadığı, hukuka uygun olmayan amaçlar için hareket edip etmediği, keyfi davranıp davranmadığı gibi ölçütlere dayanarak yargı makamının denetim işlevine yardımcı olması bakımından da faydalıdır<sup>24</sup>. Bu noktada işlemin sebep unsuru yargı denetimi açısından büyük önem taşıyan, gerekçe unsuru ilgilinin korunması açısından önemlidir<sup>25</sup>.

İdarenin düzenlediği idari işlem, ilgilinin bir ya da birden fazla temel hak ve özgürlüğüne ilişkin olabilir. Bu noktada idare ve ilgili arasındaki idare lehine olan dengesizlik kendini daha da fazla gösterebilir. Kamu gücüyle donatılan idare, onun karşısında “çaresiz” konumda olan ilgili hakkında kararlar almakta, hak ve özgürlüğüne ilişkin inisiyatif kullanmaktadır. Bu noktada ilgilinin temel hak ve özgürlüğünü koruyabilmesi için ilgiliye “çare” olabilecek şey bir takım hukuki denetim mekanizmalarıdır. Gerekçe ilkesi de bu noktada önemli bir çare olarak görülmektedir. Gerekçe ilkesinin kullanılması, ilgiliye gerekçenin tam olarak bildirilmesi ve bilgi edinme hakkının kullanılmasıyla mümkündür.

Gerekçe ilkesi, idari işlemin ilgisinin, işlem hakkında hukuki yollara başvurup başvurmayacağına ilişkin bir karar vermesini ve hatta işleme karşı savunma geliştirmesini idari işlemin dayandığı esasları ve bunların sonuçlarını önceden görmesini sağlamaktadır<sup>26</sup>.

## B. BİLGİ EDİNME HAKKI BAĞLAMINDA GEREKÇE İLKESİ

İdarenin tek yanlı iradesiyle hukuk düzeninde yapacağı değişiklikler hakkında ilgililerin işlemin niteliği ve sonuçları hakkında bilgi alabilmesini sağlayan hak ve özgürlük, bilgi edinme hak ve özgürlüğü olarak ifade edilmektedir<sup>27</sup>. İdari işlemin maddi, hukuki ve kanuni dayanaklarının ilgili tarafından bilinmesi ve bu işlemlere karşı itirazda bulunması veya dava açması, işlemin dayanaklarını bilmekle mümkündür. İdarenin alacağı kararları hukuka uygun biçimde etkileyebilmek ve bireyin bilgilenmesini sağlamak; aynı zamanda yapılmış ve bitmiş idari işlemler hakkında da bireyin bilgilendirilmesi, bilgi edinme hak ve özgürlüğünün temel amacı olarak görülmektedir<sup>28</sup>.

Hak ve özgürlüklerin korunabilmesi açısından ilgiliye işlemin gerekçesinin bildirilmiş olması önemlidir. Gerekçenin öğrenilebilmesi, bilgi edinmeye ilişkin bildirimle mümkün olabilmektedir. Dava açma süresini başlatabilmesi için yazılı bildirimde işlemin gerekçesinin belirtilmesi, yazılı bildirim tam olması gereklidir<sup>29</sup>. Bu bildirimle birlikte ilgililer, idarenin işlemi yapma gerekçesini öğrenmiş ve hak arama yollarına başvurabilmek için imkân elde etmiş olmaktadır. Mevcut sistemde, yargılama aşamasında idarenin savunmasının gönderilmesiyle

<sup>23</sup> Boulanger, s. 169.

<sup>24</sup> Kaya, s. 217.

<sup>25</sup> Akıllıoğlu, Gerekçe, s. 9.

<sup>26</sup> Akyılmaz, Gerekçe, s. 23.

<sup>27</sup> Yıldırım, s. 51.

<sup>28</sup> Yıldırım, Bilgi Edinme, s. 228.

<sup>29</sup> Cihan Kanlıgöz. “İdari İşlemlerde Yazılı Bildirim”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 50/1-4, 1988, s. 180.

idari işlemin gerekçesi öğrenilmektedir<sup>30</sup>. Bu durum ise pek çok açıdan olumsuz sonuç doğurmaktadır.

Bilgi edinme hakkı, yönetimde açıklığı sağlamaktadır<sup>31</sup>. Bilgi edinmenin idarenin takdirine bırakılmasının temel amacı, yönetimde açıklığı sınırlamaya yöneliktir<sup>32</sup>. Oysa bilgi edinme hakkı, sadece bireylerin çıkarını korumak için istenmemekte aynı zamanda idareyi geliştirmenin bir aracı olarak da görülmektedir<sup>33</sup>. Başta ilgililer olmak üzere herkesin idarenin yaptığı işlemleri görmesi, bilmesi, öğrenmesi gerekmektedir<sup>34</sup>. İşlem hakkında bilgi edinilmesi, hak arama yollarının kullanılmasını sağlaması bakımından da önemlidir. İlgilinin kendisini etkileyen bir kararın alınma nedenini bilmesi, karara karşı güven duymasını sağlar ve idari usulün hukukiliğini artırır<sup>35</sup>.

Gerekçe ile işlemin dayandığı sebepler hakkında işlemde etkilenen kişiye bilgi verilmesi; ilgililerin idari işlemin dayandığı esasları ve bunların sonuçlarını öngörerek, işleme karşı savunma geliştirmelerini mümkün kılacaktır<sup>36</sup>. İdari makamın işlemine yönelik dava açmayı düşünen kişiye, gerekçe ilkesi işlemin iptaline yönelik olarak dayanacağı iyi bir sebebin bulunup bulunmadığını bilgi edinme hakkı ile gösterebilir<sup>37</sup>. Esasen, bilgi edinme hakkının asgari düzeyinin gerekçe olduğu ve gerekçenin bilgi edinme hakkının bir parçası olduğu söylenebilir<sup>38</sup>.

Genel bir idari usul kanununun bulunmaması ve mevzuatta usul kurallarının dağınık olması idarenin keyfi davranmasına yol açabilmekte, idare ilgililere de tesis ettiği işlemin sebebini bildirmedikten kişilerin işlemleri kontrol edebilme imkânı doğmamakta, böylelikle hukuka aykırı işlemler yürürlüğe girebilmektedir<sup>39</sup>. 4982 Sayılı Bilgi Edinme Hakkı Kanunu bu anlamda önemli bir hukuki düzenlemedir. Kanunla herkese bilgi edinme hakkı tanınmış<sup>40</sup>, idareye de bilgi edinme yükümlülüğü getirilmiştir<sup>41</sup>. Kanunda, idarenin bireyin başvurusunu reddetmesi hâlinde ret kararının gerekçesini belirtmesi yükümlülüğü getirilmiştir<sup>42</sup>.

<sup>30</sup> Akyılmaz, Gerekçe, s. 33.

<sup>31</sup> Yıldırım, Sözlük, s. 51.

<sup>32</sup> Akıllıoğlu, s. 816.

<sup>33</sup> Yıldırım, Bilgi Edinme, s. 232.

<sup>34</sup> Bu konu kapsamında idarenin hangi bilgileri bireyle paylaşmayacağına ilişkin sorun hakkında detaylı bilgi için bkz. Duran, Lütfi, s.29 vd., ayrıca bkz. Gözaydın, 128, Bilgi edinme hakkının sınırları için bkz. Yıldırım, Bilgi Edinme, s. 234 vd.

<sup>35</sup> Kaya, s. 218.

<sup>36</sup> Akyılmaz, Gerekçe, s. 23.

<sup>37</sup> Kaya, s. 218.

<sup>38</sup> Akıllıoğlu, Gerekçe, s. 9.

<sup>39</sup> Atıla Erkal. "Türk Ve Alman Hukukunda Gerekçe Yükümlülüğü", *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 17/1 (2009), s. 148.

<sup>40</sup> md.4.

<sup>41</sup> Bilgi verme yükümlülüğü

Madde 5- Kurum ve kuruluşlar, bu Kanunda yer alan istisnalar dışındaki her türlü bilgi veya belgeyi başvuruların yararlanmasına sunmak ve bilgi edinme başvurularını etkin, süratli ve doğru sonuçlandırmak üzere, gerekli idari ve teknik tedbirleri almakla yükümlüdürler. Bu Kanun yürürlüğe girdiği tarihten itibaren diğer kanunların bu Kanuna aykırı hükümleri uygulanmaz.

<sup>42</sup> Başvuruların cevaplandırılması

Bilgi Edinme Hakkında Kanun'un varlığı hukuk sistemimiz için son derece anlamlı olduğu gibi bireyin idareye başvurularının ret ile sonuçlanması hâlinde ret gerekçesini açıklama yükümlülüğü de gerekçe ilkesi açısından anlamlıdır. Gerekçe ilkesinin hiç değilse idareye yapılan başvurularda tanınmış olması önemlidir.

Konuya ilişkin diğer bir düzenleme de 3071 sayılı Dilekçe Hakkının Kullanılmasına Dair Kanun'dur. Kanunun düzenlenmesinde<sup>43</sup>, idareye yapılan başvuruların sonucu ya da yapılmakta olan işlemin safhaları hakkında ilgisine gerekçeli olarak cevap verileceği düzenlenmiştir. Düzenleme hem gerekçe ilkesini düzenlemesi bakımından hem de işlemin safhalarını kapsamı bakımından önemlidir.

### C. TAKDİR YETKİSİNİ SINIRLANDIRAN BİR UNSUR OLARAK GEREKÇE İLKEİ

Hukuk kurallarının idareye bıraktığı özgürlük alanı takdir yetkisi olarak ifade edilir<sup>44</sup>. Diğer bir tanıma göre takdir yetkisi, dış çerçevesi mevzuatta çizilmiş fakat içi birtakım imkansızlıklarla doldurulamamış konularda, idareye bu konunun doldurulması için tanınan belli bir kararı alıp almama, değişik ihtimaller arasında bir seçim yapıp yapmama, yani yetkinin kullanılıp kullanılmamasını belirleme yetkisi olarak tanımlanmıştır<sup>45</sup>. Takdir yetkisini ifade ederken "takdir" sözcüğünün kullanılmasının nedeni; idarenin çözüm şeklini seçme serbestliğini dilediği gibi değil, işin gereğini takdir ederek kullanmak zorunda oluşuyla açıklanmaktadır<sup>46</sup>. Hukuk kuralları içerisinde hareket serbestisi, takdir yetkisidir<sup>47</sup>.

Takdir yetkisi, hukuk tarafından idareye bir konuda uygun çözüm şeklini seçme konusunda az ya da çok bir serbesti tanınmasıdır<sup>48</sup>. Bazı idari görevler için idarenin yetkilerini belirleyen yasa koyucu, bu yetkileri kullanıp kullanılmamanın gereklerini saptama konusunda idareye belirli bir serbestlik vermiş olabilir<sup>49</sup>. Bu serbestiyi kullanırken idari işlemin gerekçeli olması takdir yetkisinin daha etkin kullanılmasını sağlar<sup>50</sup>.

Takdir yetkisi, kamu yararını gerçekleştirebilmek için tanınması gereken bir zorunluluktur<sup>51</sup>. İdareye takdir yetkisi verilmesinin sebebi, idarenin faaliyetlerini düzenleyen ve çeşitli

Madde 12- Kurum ve kuruluşlar, bilgi edinme başvurularıyla ilgili cevaplarını yazılı olarak veya elektronik ortamda başvuru sahibine bildirirler. Başvurunun reddedilmesi hâlinde bu kararın gerekçesi ve buna karşı başvuru yolları belirtilir.

<sup>43</sup> Dilekçenin incelenmesi ve sonucunun bildirilmesi:

Madde 7 – (Değişik: 2/1/2003-4778/27 md.)

Türk vatandaşlarının ve Türkiye'de ikamet eden yabancıların kendileri ve kamu ile ilgili dilek ve şikâyetleri konusunda yetkili makamlara yaptıkları başvuruların sonucu veya yapılmakta olan işlemin safahatı hakkında dilekçe sahiplerine en geç otuz gün içinde gerekçeli olarak cevap verilir. İşlem safahatının duyurulması halinde alınan sonuç ayrıca bildirilir.

<sup>44</sup> Seçkin, s. 110.

<sup>45</sup> Cemil Kaya. İdarenin Takdir Yetkisi ve Yargısal Denetimi, İstanbul: On İki Levha Yay., 2011, s. 26.

<sup>46</sup> Tahsin Bekir Balta. İdare Hukukuna Giriş, Türkiye ve Ortadoğu Amme İdaresi Enstitüsü, Ankara: Sevinç Matbaası, 1970, s. 85.

<sup>47</sup> Çağlayan, s. 207.

<sup>48</sup> Balta, s. 85.

<sup>49</sup> Yıldırım, s. 499.

<sup>50</sup> Seçkin, Sinan, Gül Üstün. "İdari İşlemlerde Takdir Yetkisi ve Gerekçe İlkesi", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 21/2 (2015), s. 509.

<sup>51</sup> Yıldırım, s. 500.

kaynaklardan çıkan hukuk kurallarının bu faaliyetlerin tüm detaylarını düzenleyememesi nedeniyle<sup>52</sup>. İdarenin belli oranda hareket serbestisi, kamu hizmetinin etkin ve verimli bir şekilde sunulabilmesi için bir ihtiyaç olarak görülmektedir<sup>53</sup>. İdare, ilgili yasanın belirlediği sınırlar içinde ve kamu yararını gerçekleştirmek ve kamu hizmetini en iyi biçimde yürütmek için takdir yetkisini kullanmak zorundadır<sup>54</sup>. İdarenin yer ve zamana göre tercih hakkının bulunması gerekmektedir<sup>55</sup>.

İdari işlemin sebep unsuru idarenin takdir yetkisinin olduğu durumlarda yargısal denetim açısından önem taşımaktadır<sup>56</sup>. Esasen idare keyfi davranarak işlem yapamayacağından, idareyi işlem yapmaya sevk eden belli bir sebebin ya da sebeplerin olması gereklidir<sup>57</sup>. İdarenin sebepsiz ya da keyfi davranışı hukuka uygun olmayacağından kabul edilemez<sup>58</sup>. İşte idare gerekçe ilkesi ile aslında keyfi davranmadığını ve yaptığı idari işlemin bir sebebi olduğunu başta ilgili olmak üzere herkese karşı açık bir şekilde ortaya koymaktadır.

Gerekçe ilkesi, özellikle takdir yetkisi bulunan hallerde daha da özellik göstermektedir. Bu tür takdir yetkisinin kullanıldığı işlemlerde gerekçede, takdir yetkisinin bulunduğu, takdir yetkisini kullanırken seçeneklerin neler olduğu ve seçimin nedenleri bulunmalıdır. Bu şekilde yazılan gerekçeler, ilgili hakkında alınan kararın derinlemesine incelendiğine yönelik emaredir. İlgili ancak idarenin somut olaya ilişkin kapsamlı bir değerlendirmeye gayret ettikten sonra kararını verdiği için, kararın bir şablon biçiminde verilmediğinden emin olarak, kararın doğruluğuna ikna olur<sup>59</sup>. İdari işlemin gerekçesinde muhtemel seçeneklerin düşünüldüğünün ortaya konulması ilgilinin kararın doğruluğuna ikna olması açısından da önemlidir<sup>60</sup>. İdari makamın görüşleri, özellikle takdir yetkisinin kullanımında idari işlemde yer alan gerekçeyle ortaya konulmaktadır<sup>61</sup>. Diğer taraftan İdareye gerekçe yükümlülüğü yüklemenin; gerekçe yazma konusunda zorlamanın, kamu görevlisinin moral olarak olumsuz etkilenmesine, gizli bilgilerin açığa çıkmasına hatta milli güvenliğin tehlikeye sokulmasına, takdir yetkisinin kullanılmasına engel olacağına yol açacağı ifade edilmektedir<sup>62</sup>. Oysa bu konulara ilişkin hukuki tedbirler alınmıştır.

Takdir yetkisinin denetiminin yargısal denetimde ortaya çıkan güçlükler de dikkate alınarak, idari işlemin gerekçeli yapılması gibi farklı mekanizmalarla denetlenmesi uygun olacaktır<sup>63</sup>. İdarenin takdir yetkisini kullandığı işlemlerde, gerekçenin aynı zamanda; idarenin hukuka

<sup>52</sup> Siddık Sami Onar. İdare Hukukunun Umumi Esasları, 1. Cilt, İstanbul Akgün Matbaası, 1960, s. 316.

<sup>53</sup> Çağlayan, s. 207.

<sup>54</sup> Yıldırım, s. 499.

<sup>55</sup> Çağlayan, s. 207.

<sup>56</sup> Seçkin, s. 112.

<sup>57</sup> Tural, s. 14.

<sup>58</sup> Tural, s. 22.

<sup>59</sup> Akyılmaz, Gerekçe, s. 31.

<sup>60</sup> Akyılmaz, Gerekçe, s. 31.

<sup>61</sup> Seçkin, s. 34.

<sup>62</sup> Gerekçenin Dezavantajları için Boulanger, s. 156 vd.

<sup>63</sup> Seçkin, Üstün; s. 524.



uygun davranmasını sağlamak, idari işlemin yargısal denetimini kolaylaştırmak ve işlemin ilgisini ikna etmek gibi işlevleri de vardır<sup>64</sup>.

Aslında idari işlemlerin gerekçeli olma yükümlülüğü idarenin takdir yetkisine sahip olunup olunmamasına bağlı değildir. İdarenin işlemin gerekçesine ilişkin takdir yetkisi bulunsa dahi işlemin mutlaka bir gerekçeye dayanması gerekir<sup>65</sup>. Takdir yetkisi, gerekçeli olarak kullanılmalıdır<sup>66</sup>. İdareye takdir yetkisi veren hukuk kuralında gerekçe gösterilmesi emredilmemiş olsa da idarenin gerekçe göstermesi gerekir<sup>67</sup>. İşleminde idarenin takdir yetkisine sahip olunup olunmadığına bakılmaksızın tüm idari işlemler, mutlaka gerekçeli olmalıdır. Bunun sağlanması için de mevzuatta gerekçe ilkesine uygun düzenleme yapılması önerilmektedir<sup>68</sup>.

## II. GEREKÇE İLKESİNİN BİREY İDARE İLİŞKİSİNE YANSIMASI

İdare hukukunda birey ve idare arasındaki ilişki eşitsizlik temelindedir. Üstünlük iddiası, idarenin doğasında vardır<sup>69</sup>. İdare, kamu yararını sağlamak amacıyla kamu hizmeti yerine getirdiğinden kamu hizmetini yerine getirmek için üstün ve ayrıcalıklı güçlerle donatılmıştır. Üstünlüğünün sonucu olarak idare, bütün faaliyetlerinde ve kararlarında kendisine uyulmasını beklemektedir<sup>70</sup>.

Kamu gücünü kullanan idare karşısında bireyin yeterli koruma görmesi açısından idareye bazı ek yükümlülükler getirecek olsa da usul kuralları gereklidir<sup>71</sup>. Bir tarafta birey hak ve menfaatlerinin korunması, diğer tarafta iyi idare hakkına ilişkin ilkelerin mevzuatta düzenlenmesinin idarenin esnekliğini azaltacağı endişesi karşılaştırılacak olduğunda ilkelerin pozitif hukuka alınması gerekliliği ortaya çıkmaktadır<sup>72</sup>.

Birey, idare karşısında zayıf konumda olup kamu hizmetinden faydalanmaktadır. Elbette ki bu zayıf konumun birey açısından bir takım olumsuz sonuçlar doğurduğunu söylemek mümkündür. Hukuk devletinde bu olumsuz sonuçların doğmasını engellemek ya da doğduktan sonraki sonuçları gidermek gerekir. Bireyin idare karşısındaki dezavantajlı durumunun ancak bireye bazı haklar verilerek giderilebileceği gerçekliği<sup>73</sup>, bireyin haklarının doğumunda meşruiyetin en temel kaynağı olarak görülmektedir<sup>74</sup>. Birey idare ilişkisini dengeye oturtacak argümanlar gereklidir. Bu argümanların en önemlilerinden biri de gerekçe ilkesidir. Güçlü devlet otoritesi karşısında güçsüz durumda kalan vatandaşın hak aramasını kolaylaştıran hukuki

<sup>64</sup> Seçkin, Üstün, s. 509.

<sup>65</sup> Çağlayan, s. 184.

<sup>66</sup> Yıldırım, s. 499.

<sup>67</sup> Şükrü Karatepe. "İdarenin Takdir Yetkisi", *Türk İdare Dergisi*, 63/392 (1991), s. 103.

<sup>68</sup> Bahtiyar Akyılmaz. "Takdir Yetkisinin Yargısal Denetimi", *Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Meslek Yüksekokulu Dergisi*, 1 (1), s. 55.

<sup>69</sup> Halit Uyanık. "İdare Hukukunun Eksen Kayması: İdarenin Üstünlüğünün Gerekçelendirilmesi Sorunu", *İÜHFİM* 69/1-2 (2011), s. 1153.

<sup>70</sup> Uyanık, s. 1153.

<sup>71</sup> Seçkin, s. 14.

<sup>72</sup> İlker Zeyrek. "Birey-İdare İlişkisi Bağlamında İyi İdare Hakkı Ve Türk Pozitif Hukukundaki Görünümü", *TBB Dergisi*, 155 (2021), s. 326.

<sup>73</sup> Zeyrek, s. 297.

<sup>74</sup> Zeyrek, s. 296.

argüman gerekçedir<sup>75</sup>. Gerekçe ilkesi, dinlenilme hakkı ve bilgi edinme hakkı ile birlikte kamu gücüne sahip olan idare ile bireyin ilişkisini dengeye kavuşturmaya yönelik birliktelik içindedir<sup>76</sup>. Hak ve menfaatleri İdarenin tek yanlı ve icrai işlemleri karşısında risk altında bulunan bireyin korunması, “idarenin varlık sebebinin meşrulaşmış bir tezahürü” olarak görülmektedir<sup>77</sup>.

İşlemin gerekçeli olarak düzenlenmesinin idare ve ilgisinin ilişkisi üzerinde de yansımaları olacaktır. Bu yansımaların hukuk devleti anlayışıyla doğrudan ilgili olduğu rahatlıkla söylenebilir.

#### A. GEREKÇE İLKESİNİN BİREY İDARE İLİŞKİSİNDE BİREYE YANSIMASI

İdarenin gerekçeli işlem düzenlemesinin ilgilinin hak arama yollarına gitmesi, dava yoluna müracaat etmesi üzerinde de birtakım etkileri bulunmaktadır. Gerekçe ilkesi idarenin, ilgililerin haklarını kullanmaları için onlara fırsat tanıması açısından son derece önemlidir<sup>78</sup>. İlginin elinde işlemin hukuka uygunluğunu kontrol edebileceği herhangi bir materyal olmadığından gerekçe, ilgilinin kendi haklarını korumasında yol gösteren önemli bir araç olacaktır<sup>79</sup>. İdarenin gerekçesi ile tatmin olmayan ilgili, işlem hakkında yargı yoluna başvurabilecektir<sup>80</sup>. İşlemin muhatabı bakımından, gerekçe ilkesinin açıklık kazandırma ve ispat işlevi vardır<sup>81</sup>.

İdarenin işlemin gerekçesini açıklaması işlem ile ilgili oluşan “şüphe” perdesini ortadan kaldırabileceğinden ilgilileri, idarenin doğru bir karar aldığı yolunda ikna edecektir<sup>82</sup>. Dolayısıyla idari işlemin gerekçesini değerlendiren ilgili, hukuk yoluna başvurmanın yararlı olmayacağı konusuna kani olursa yargı yoluna başvurmayacaktır<sup>83</sup>. Gerekçe ilkesi, birey bakımından işlemin şeffaflığını sağlayarak idareye olan güveni artırdığı gibi idari işleme karşı yargı yoluna müracaat edip etmeme konusundaki kararsızlığa da son verir<sup>84</sup>.

Gerekçe ilkesi, hukuki yardım anlamına da gelmektedir. Muhatabı olduğu idari işlemin maddi, hukuki ve kanuni dayanaklarını bilmek herkesin kanuni hakkı olup idari işleme itiraz etmek veya dava açmak ve idari işleme ilişkin iddiada bulunmak için işlemin dayanaklarının bilinmesi gerekir<sup>85</sup>. İdarenin kamu gücünü hukuka uygun kullanıp kullanmadığının tespitinde ve idare ile birey arasındaki sorunların çözümünde temel rol yargı organlarıdır<sup>86</sup>.

İdarenin gerekçesi ile tatmin ve ikna olan ilgili yargı yoluna başvurmadığında yargının iş yükünün de hafifleyeceği söylenebilir<sup>87</sup>. Ancak yalnızca dava açılmasını önlemek gibi pratik

<sup>75</sup> Boulanger, s. 168.

<sup>76</sup> Seçkin, s. 75.

<sup>77</sup> Zeyrek, s. 326.

<sup>78</sup> Akyılmaz, Gerekçe, s. 22.

<sup>79</sup> Erkal, s. 131.

<sup>80</sup> Erkal, s. 131.

<sup>81</sup> Seçkin, s. 45.

<sup>82</sup> Kaya, s. 218.

<sup>83</sup> Tural, s. 68.

<sup>84</sup> Kaya, Fransız Hukukunda, s. 110.

<sup>85</sup> Seçkin, s. 47.

<sup>86</sup> Seçkin, s. 19.

<sup>87</sup> Erkal, s. 148.

bir neden için değil, çok daha önemli olan temel haklar ve insan kişiliğine saygı için idarenin işlemin gerekçesini açıklayarak, işlemin ilgisine saygı göstermiş olduğunu ve işlemin ciddiyetini kanıtlamış olacaktır<sup>88</sup>. Bu bağlamda idare, gerekçeyi açıklayarak ilgiliyi dava açmaktan vazgeçirmiş olmasa da saygı göstermiş olduğunu ispatlamış olacaktır<sup>89</sup>. Bir kararın gerekçeli olarak düzenlenmesi idarenin, ilgilinin kişiliğine saygı gösterdiğinin, ona değer verdiğinin göstergesi ve aynı zamanda “insanlık onurunun da gereği” olarak görülmektedir<sup>90</sup>. Hukuk devletinde idarenin bireye saygı göstermesi ve bunun da birey tarafından biliniyor olması birey idare ilişkisi bakımından son derece anlamlıdır<sup>91</sup>. Bu anlam, bireyin idareye bakışı, idarenin işlemlerini anlayışı, idare tarafından belirlenen kurallara uyması ve dahi birey idare ilişkisinden doğacak pek çok sonuç üzerinde etkili olacaktır.

Gerekçe yükümlülüğü, idarenin kendinden daha emin olmasını, ilgililer için de kararın doğru ve objektif olduğuna inanılmasını sağlar. Bu durum, ilgililerin, idare karşısında “isteyerek itaat eden” konumunda olmasını destekler<sup>92</sup>. Birey idare ilişkisinde zayıf konumda olan birey, aslında ilişkinin bir sonucu olarak ister istemez “itaat eden” konumunda olacaktır. İdarenin işlem ve eylemleriyle, tutum ve davranışlarıyla bu ilişkinin doğasının itaate dayalı olduğunu bilmesi fakat mecburi bir itaat beklememesi tavrı, bireyin de ilişki içerisindeki tutumunun değişmesine yol açacaktır. Bir idari işlemin gerekçelendirilmiş olması, bireyin karara güvenini sağlayacağından birey bu karara uymaya özen gösterecektir<sup>93</sup>. İdarenin geniş ve açıklayıcı gerekçesi kararın alınmasındaki özeni göstereceğinden, birey bu özene idari işleme uyarak karşılık vermiş olacaktır.

İdarenin bireylerin davranışları üzerinde otoriter bir etki doğurması ve bireyleri etkilemesi, bireylerin kendi davranışlarını otoriter bir şekilde yönlendiren kurum ve kuruluşlara uymasının (itaat etmesinin) rasyonel olarak kabul edilmesinin mümkün olmadığı ifade edilmektedir<sup>94</sup>. Hukuk devletinde dahi olsa bireyin idarenin kararlarına “itaat” etmesi beklenir. Aslında burada ifade edilmeye çalışılan bireyin idarenin koyduğu kurallara uyma konusunda direnç göstermemesidir. İdarenin düzenlediği işlemde gerekçenin doğru, objektif, hukuk kurallarına uygun biçimde olduğunu bilen birey zaten kendiliğinden ve isteyerek idarenin koyduğu kurallara uyacak ve düzenlediği işlemlere uygun davranacaktır.

## B. GEREKÇE İLKESİNİN BİREY İDARE İLİŞKİSİNDE İDAREYE YANSIMASI

Birey karşısında mutlak ve tek otorite konumunda olan idare, tarihin hiçbir döneminde bu gücünün sınırlandırılmasını istememiştir. Zamanla yaşanan tarihi gelişmeler hukuk devleti anlayışını doğurmuş ve idare gücünün sınırlandırılmasına razı olmuştur<sup>95</sup>. Bu sınırlandırma hâlen gelişen ve değişen toplumsal düzen bağlamında devam etmektedir. Şeffaf yönetim

<sup>88</sup> Akıllıoğlu, Gerekçe, s. 19.

<sup>89</sup> Akıllıoğlu, Gerekçe, s. 19.

<sup>90</sup> Akyılmaz, Gerekçe, s. 22.

<sup>91</sup> Hukuk devleti idare hukuku ilişkisi için bkz. Çağlayan, s. 104.

<sup>92</sup> Akyılmaz, Gerekçe, s. 23.

<sup>93</sup> Boulanger, s. 155.

<sup>94</sup> Uyanık, s. 1157.

<sup>95</sup> Farklı coğrafyalarda hukuk devletinin doğuşu hk. Bkz. Akyıldız, Ali. *Hukuk Devleti Yargı Bağımsızlığı ve Danıştay*, Ankara: Anıttepe Yayıncılık, 2009, s. 11 vd.

anlayışı, açıklık ilkesi gibi ilkeler idari usul ilkeleri idaredeki dönüşümü başlatmıştır. Fakat idari usul kanunlarının devletler tarafından düzenlenmemiş ya da sınırlı biçimde düzenlenmiş oluşu, idareyi birey karşısında hâlen güçlü konumda tutmakta ve idarenin hesap vermeyen, bireyler üzerinde “dilediğince” işlem yapan bir konumda kalmasına zemin hazırlamaktadır. Bu bağlamda, hukuki düzenlemelerin önemi yadsınmamakla birlikte, hem bireylerin ve toplumun hukuka bağlı devlet anlayışını benimsemeleri hem de idareden taleplerini bu yönde yapmaları, idarenin hukuk devleti olma yolunda adım atmasını sağlayacaktır.

Bu çerçevede idare, kontrol altında tutulmak ya da sınırlandırılmak istemeyecektir. Oysa gerekçe ilkesi, idarenin sınırlandırılmasına neden olan ilkelere dayanır. İdarenin en alt kademelelerinde öz denetimin sağlanmasını, idari işlemin yapılış sürecinde idarenin hukuka aykırı davranmaktan kaçınmasını sağlayan kontrol aracı gerekçe ilkesidir<sup>96</sup>. İdarenin kontrol edildiğini hissetmesi, idare üzerindeki baskıyı da artıracaktır. Fakat bu baskı aslında idareyi hukuk kurallarına uymaya zorlayan da bir baskıdır. İdari usul sürecinde idari makamın hukuka uygunluk konusunda azami özen göstermesini sağlayan da bu bağlamda yine gerekçe ilkesidir<sup>97</sup>. Dolayısıyla gerekçe ilkesi, idarenin hukuka uygun davranmasını sağlayan bir unsur olacağından idarenin sorumluluğu da bu oranda azalacaktır. Gerekçe yükümlülüğünün idare açısından doğurduğu olumlu sonuçlardan biri de budur.

Kamu hizmeti yürütmekle görevli olan idare, kamu yararını gözeterek sürekli ve kesintisiz biçimde çalışmaktadır. Bu da idare açısından kendi içinde bir dinamizmi, tempoyu ve hızı zorunlu kılmaktadır. Gerekçe ilkesi idareyi daha titiz çalışmaya, daha özenli karar almaya zorlayacağından idarenin işlemlerinin yavaşlaması gibi bir sonuç ortaya çıkabilecektir. Gerekçe yükümlülüğü karar alma prosedürlerinde gecikmelere sebep olabileceğinden idareye ilave bir yük getirmektedir<sup>98</sup>. İdare elbette ki kamu hizmetinin daha yavaş işlenmesini istemeyecektir. Bu kamu hizmetinden yararlanan konumunda olan birey açısından da aynıdır. Kamu hizmetinin yavaşlaması, kamu hizmetinin geç ya da kötü işlenmesi gibi bir sonuç doğurabileceğinden idare açısından da sorumluluk doğuracaktır. İdarenin düzenlediği her işlem için gerekçe düzenleyemeyeceği görüşü de bu temelde şekillenmektedir. Ülke uygulamalarına bakıldığında idarenin gerekçe yükümlülüğünün bulunduğu işlemlerin sınırlandırıldığı görülmektedir<sup>99</sup>. Özellikle idarenin bireysel işlemler düzenlerken gerekçe yükümlülüğü kabul edilmişken düzenleyici işlemler bakımından bu zorunluluk kabul edilmemiştir.

Kişilerin kendi hak ve menfaatlerini etkileyen işlemlerde idari işlemlerin dayanaklarının bilinmesi, idarenin işlemlerinin yargısal denetime tabi tutulabilmesi ve bireylerin hukuk güvenliğinin sağlanması açısından gereklidir<sup>100</sup>. İcrai nitelikte olmayan, tespit edici ve yararlandırıcı nitelikteki idari işlemlerin gerekçelendirilmesi gerekmektedir<sup>101</sup>. Talebe bağlı

<sup>96</sup> Tural, s. 67.

<sup>97</sup> Akyılmaz, Gerekçe, s. 22.

<sup>98</sup> Kaya, s. 218.

<sup>99</sup> Ülke uygulamaları için bkz. Ülke Uygulamalarında Gerekçe İlkesi başlığı.

<sup>100</sup> Boulanger, s. 163.

<sup>101</sup> Seçkin, s. 54.

işlemlerde, talebin reddine ilişkin işlemlerin ret gerekçelerinin açıklanması gerekçe ilkesi kapsamında<sup>102</sup>.

İdari usulde, aşırı şekilcilikten uzaklık asıldır. Aksi bir durumun, iş akışının yavaşlamasına veya engellenmesine sebep olacağı düşünülmektedir<sup>103</sup>. Gerekçenin idarenin karar alma süreçlerinde gecikmelere sebebiyet verdiğinden ve iş yükünü arttırdığından bir dezavantaj oluşturduğu düşünülmektedir<sup>104</sup>. Ancak idarenin işlemlerinin tümü bir sebebe dayandığından bu sebebin gerekçe olarak açıklanmasının idareye hangi oranda iş yükü getireceği tartışmalıdır.

İdarenin düzenlediği her işleme gerekçe yazması işleri yavaşlatabilirken hiçbir işlemine gerekçe yazmaması da idareyi keyfi davranmaya yöneltebilir. Gerekçe ilkesinin sağladığı pek çok yararlı sonuç düşünüldüğünde, kamu hizmetinin yavaşlaması riski, bulunabilecek kimi çözümlerle giderilebilir görünmektedir. Diğer taraftan idare zamanla işlemlerine gerekçe yazma pratiği kazanacağından bu yükümlülük kamu hizmetini yavaşlatacak bir unsur olmaktan çıkıp hukuk devletinin gereklerine uygun hareket eden, birey idare dengesine saygı duyan bir idare oluşmasını sağlayacaktır.

İdare ile bireyin kurmuş olduğu ilişkideki açıklık ihtiyacı; devletin sosyal bir kimliğe bürünerek bireyle ve özellikle kamu hizmeti alanında yakın ilişki kurması ancak bir taraftan da “uzak” durması sonucunda bireylerin idareyi daha fazla sorgulaması nedeniyledir<sup>105</sup>. Gerekçe hakkının bu sorgulamaları artırması gibi dezavantajları olma ihtimali olduğu düşünülmektedir. Bireylere idari işlemin gerekçesinin açıklanması hâlinde, hakkında olumsuz işlem düzenlenen bireyin gerekçede eksiklikler arayacağı hatta işlemlere yönelik kusur bulunmasına yardımcı olacağı iddia edilmektedir<sup>106</sup>.

Günümüzde idarelerin en önemli sorunlarından biri devlet birey ilişkisinin yeni bir hâl almış olması; bireyin kendisine sunulan hizmet karşılığında hesap soran denetleyen bir konuma geçmiş olmasıdır<sup>107</sup>. Gelişmiş ve gelişmekte olan idare hukuku sistemlerinde idarenin işlemlerinde gerekçe belirtme yükümlülüğünün bulunması asli öneme sahip ve arzu edilen bir sonuç olarak görülmektedir<sup>108</sup>. Çağdaş demokrasi anlayışında; idare birey ilişkisinde, bireyin pasif konumdan etkin konuma evrilmesi, devlete yüklenen anlam bakımından da değişimleri zorunlu kılmaktadır<sup>109</sup>. Çağdaş toplumlarda, bireylerin çoğu, devletin varlık nedeninin kendileri olduğu kabulüyle sistemin merkezinde bireyin yer alması gerektiğinin farkında ve bilincindedirler<sup>110</sup>. “Devlet baba” anlayışı, hukuk devleti anlayışındaki gelişmeyle birlikte değişmiş ve demokratik hukuk devleti anlayışı ile, “hikmetinden sual olunmayan”, “bireyin efendisi”,

<sup>102</sup> Seçkin, s. 54.

<sup>103</sup> Akıllıoğlu, Gerekçe, s. 8.

<sup>104</sup> Gerekçenin dezavantajları için Boulanger, s. 156 vd.

<sup>105</sup> Can, Azer, Bilgi Edinme Hakkı, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi, 2010, s. 48.

<sup>106</sup> Boulanger, s. 156 vd.

<sup>107</sup> Azer, s. 123.

<sup>108</sup> Kaya, Fransız Hukukunda, s. 110.

<sup>109</sup> Zeyrek, s. 296.

<sup>110</sup> Azer, s. 124.

“idare edilenlerin iyiliği için, onlar istemese de her konuda her istediğini yapabilen” hikmet-i hükümet anlayışı terk edilmiştir<sup>111</sup>.

Gerekçe ilkesi idareyi, ilgiliyi “vatandaş” olarak değil, “ortak” olarak gördüğünü göstermekte ve hikmet-i hükümet anlayışını reddederek, devleti “kamu hizmeti sunan” olarak kabul eden modern hukuk devleti anlayışına taşımaktadır<sup>112</sup>. Bu da günümüz dünyasının geldiği noktada son derece kabul edilebilir bulunmaktadır.

### III. İDARİ İŞLEMİN UNSURLARINDAN SEBEP UNSURU VE GEREKÇE İLKESİ İLİŞKİSİ

İdareyi işlem yapmaya sevk eden unsur, idari işlemin sebebi olarak tanımlanmaktadır<sup>113</sup>. İdareyi işlem yapma konusunda harekete geçiren sebep unsurdur<sup>114</sup>. Gerçekten de her idari işlem bir sebebe dayanarak yapılmaktadır. İdare hukuku kozalist<sup>115</sup> bir yapıda olduğundan, idarenin yapmış olduğu bütün idari işlemlerin belli bir nedeni vardır<sup>116</sup>. İdare hukukunun kozalist yapısı; idarenin sebepsiz hiçbir davranışının olamayacağını ve bütün sebeplerinin mutlaka hukuka uygun olması gereğini ortaya koymaktadır<sup>117</sup>.

Sebeb, idari işlemin yapılmasından önce var olan ve idareyi o işlemi yapmaya yönelten nesnel etkenler olarak da tanımlanmaktadır<sup>118</sup>. “İdari işlemin “sebeb”i, idari makam tarafından yapılan idari işlemin doğru ya da yanlış, hukuka uygun ya da aykırı, savunulabilir ya da savunulamaz olduğuna bakılmaksızın, idari işleme temel teşkil eden mülahaza ve düşüncelerdir.”<sup>119</sup>.

Sebeb ve gerekçe arasındaki mantıki ilişki nedeniyle aralarında herhangi bir ayırım olmadığı görüşünde olanlar<sup>120</sup> varsa da gerekçe ilkesi idari işlemin sebep unsurundan farklı ama yakın ilişki içindedir. İşlemin sebebi ile işlemin gerekçesi arasında mantıki bir tutarlılık olması gerekmektedir<sup>121</sup>. Sebeb, idari işlemin içeriği ile idarenin irade beyanı arasındaki illiyettir<sup>122</sup>.

Sebebin işlemin bir parçası olarak sadece maddi vakıalardan oluşmayıp maddi vakıaların işlenmiş biçiminin sebep unsurunu oluşturduğu kabul edildiğinde, sebep ile gerekçe özdeşleşmekte ve gerekçesiz idari işlem olamayacağı hususu daha da belirgin biçimde ortaya

<sup>111</sup> Akyılmaz, İyi Yönetim, s. 2.

<sup>112</sup> Akyılmaz, Gerekçe, s. 35.

<sup>113</sup> Akıllıoğlu, Gerekçe, s. 7, Balta, s. 167, Öztürk, s. 1033. Balta, s.167, Metin Günday, İdare Hukuku, 10. B., İmaj Yayınevi, 2015, s. 152 v.d.; İl Han Özay, Günışığında Yönetim, Filiz Kitabevi, 2004, s. 454 v.d.; Onur Karahanoğulları, İdarenin Hukukla Kavranması: Yasallık ve İdari İşlemler, Turhan Kitabevi, 2012, s. 431 v.d.; Bahtiyar Akyılmaz, Murat Sezginer, Cemil Kaya, Türk İdare Hukuku, 9.B., Savaş Yayınevi, 2018, s. 387 v.d.; Kemal Gözler, İdare Hukuku, 3. Baskı, Ekin, 2019, C. I, s. 1008 v.d.; Ali D. Ulusoy, Yeni Türk İdare Hukuku, 2. B., Yetkin Yayınları, 2019, s. 397 v.d.

<sup>114</sup> Akyılmaz, Gerekçe, s. 17, Balta, s. 167.

<sup>115</sup> İdarenin tüm tasarruflarının hukuka uygun bir sebebe dayanması zorunluluğu, idare hukukunun kozalist niteliğinin bir gereği olarak açıklanmaktadır. Özay, s. 321. Bu ilke gereği, idare bir işlem yaptığında, o işlemin sebebini ortaya koymak, işlemi gerekçelendirmek zorundadır. Çağlayan, s. 184.

<sup>116</sup> Yıldırım, s. 409.

<sup>117</sup> Özay, s. 373.

<sup>118</sup> Yıldırım, s. 408.

<sup>119</sup> Tural, s. 7.

<sup>120</sup> Seçkin, s. 42, Ayrıca bkz. Öztürk, s. 1045 vd.

<sup>121</sup> Akıllıoğlu, Gerekçe, s. 7.

<sup>122</sup> Tural, s. 7.

konmaktadır<sup>123</sup>. Sebep ile gerekçenin özdeşleşmesi, idari işlemlerin sebebe bağlılığı ilkesinin tam anlamıyla benimsenmesi ve sebep unsurunun idari işlemin dışında ya da öncesinde değil, ayrılmaz bir parçası olarak görülmesinin sonucudur<sup>124</sup>. İdari işlemin sebebi, bir bakıma işlemin gerekçesidir<sup>125</sup>. Gerekçesiz idari işlem düzenlenemeyeceğinden, gerekçesiz idare işlem, idari işlemin sebep unsuru bakımından hukuka aykırı olacaktır.

İdareyi işlem yapmaya iten unsur idari işlemin sebebiyken sebebin açıklanması da gerekçe ilkesidir<sup>126</sup>. Gerekçe ilkesi; idari işlemin sebebinin metinde gösterilmesi anlamına gelmektedir<sup>127</sup>. Hatta gerekçe ilkesi işlemin sebebinin gösterilme zorunluluğu olarak ifade edilebilir ve idari işlemlerde kanunda öngörülmüş olmasa da gerekçe bulunmalıdır<sup>128</sup>. İdari işlemlerin gerekçesi, işlem metninde yazılı olmasa da bu idari işlemin gerekçesinin ya da sebebinin olmadığı anlamına gelmemektedir. İdare, işlem yaparken keyfi davranamayacağından idareyi işlem yapmaya iten belirli bir sebebin ya da sebeplerin olması gerekir<sup>129</sup>.

Kanun, yönetmelik gibi hukuki işlemler, idareyi işlem yapmaya sevk eden unsur olabilirken hastalık, yaşlılık, ölüm ve doğal afetler gibi maddi vakıalar da idareyi işlem yapmaya sevk edebilmektedir<sup>130</sup>. İdarenin bir işlemi belirli bir sebebe bağlı olarak yaptığını, belirli maddi vakıaların idareyi bu işlemi yapmaya sevk ettiğini ve bu vakıaların işlemin tesis edildiği anda idare tarafından da dikkate alındığını gösteren veri, işlem metninde gerekçenin yer almasıdır. İşlem metninde gerekçe yer almadığı ve yalnızca yargısal denetim aşamasında idarece mahkemeye bildirildiği takdirde, işlemin sebebe bağlı olarak yapıldığını kesin olarak anlamak mümkün olmamakta; maddi hukuka ilişkin olması gereken sebep, yargılama ve ispat hukuku ile ilgili bir soruna dönüşmektedir<sup>131</sup>.

Diğer taraftan idarenin bir kararı alırken kararı en ince ayrıntısına kadar düşünmesi gerekçe yükümlülüğü nedeniyle<sup>132</sup>. İdari makam gerekçe ile hangi olaylar ve hangi hukuki sebebe dayanarak işlem tesis ettiğini ortaya koymaktadır. Denilebilir ki; idarenin sebep unsuru idarenin tasarruflarını haklı çıkartmaktadır<sup>133</sup>. İdari işlemin düzenlenmesine temel oluşturan görüş ve düşünceler, idari işlemin sebebi; bu görüş ve düşüncelerin işlem metninde gösterilmesi, işlemi tesis etme nedenlerinin açıklanması, işlemin sebebinin gösterilmesi de gerekçedir<sup>134</sup>.

Gerekçe ilkesi, idari işlemin muhatabına idari işlemin sebebini bildirmek anlamına da gelmektedir<sup>135</sup>. Gerekçe ile işlemde etkilenen kişiye, işlemin dayandığı sebepler hakkında bilgi

<sup>123</sup> Öztürk, s. 1046.

<sup>124</sup> Öztürk, s. 1045.

<sup>125</sup> Akyılmaz, Gerekçe, s. 17.

<sup>126</sup> Boulanger, s. 148.

<sup>127</sup> Akıllıoğlu, Gerekçe, s.7.

<sup>128</sup> Akıllıoğlu, Gerekçe, s. 8.

<sup>129</sup> Erkal, s. 122.

<sup>130</sup> Karatepe, s. 98.

<sup>131</sup> Öztürk, s. 1046.

<sup>132</sup> Kaya, s. 218.

<sup>133</sup> Erkal, s. 124.

<sup>134</sup> Boulanger, s. 148.

<sup>135</sup> Seçkin, Gül; s. 530.



verilmektedir<sup>136</sup>. İlgili, genelde idarenin bir olaya bakış açısını ilk defa gerekçeyle öğrenmektedir<sup>137</sup>. İdari işlemin tamamlanmasından sonra, idare tarafından doğrudan veya ilgilinin istemi üzerine işlemin sebebinin ilgiliye bildirilmesi şeklinde de gerçekleşebilir<sup>138</sup>.

Gerekçe ilkesi idari işlemin yapılmasından sonra sebep unsurunun olaya doğru uygulanıp uygulanmadığının ilgili tarafından denetlenmesini sağlamaktadır<sup>139</sup>. İdare, gerekçe ile idari işlemi yapma sebebini, kendisini idari işlemi yapmaya yönelten nedenleri, olayları ve idari işleme ilişkin bilgileri açıklar. Aslında idare, böylece düzenlemiş olduğu işlemin “arkasında” durmakta, yaptığı işlemin hukuka uygun olduğunu, gerekliliğini ortaya koymaktadır. İşlemi düzenlemekteki haklılığını ve işlemin gerekliliğini, gerekçesini açıklayarak deklare etmektedir. İlgili de idarenin bu açıklamasıyla ya da bildiriyle işlemin gerekçesi ile bir başka ifadeyle idarenin işlemi düzenleme nedenleriyle ilk kez bu aşamada karşılaşmakta ve idarenin hukuka uygun davranıp davranmadığını ya da “haklılığını” kendi terazisinde tartmaktadır. Böylece idareyi ve idarenin düzenlediği işlemi gerekçe ilkesi ile denetlemektedir. Bu aşamadan sonra gerekli görmesi hâlinde ilgili idari işleme karşı hak arama yollarına başvurabilmektedir.

#### IV. İDARİ USUL KANUNU VE GEREKÇE İLKESİ

Bir idari faaliyetin hangi idari merci tarafından hangi biçimde yapılacağına gösteren kullarlar bütünü, idari usuldür<sup>140</sup>. İdarenin düzenli, objektif ve güvenilir bir tarzda işlemesi, belirli ve elverişli birtakım usullere uyulmasına bağlıdır<sup>141</sup>

Gerekçe, idari usul yasası olan hukuk sistemlerinde bir savunma hakkı olarak egemendir<sup>142</sup>. Bununla birlikte idari usul kanununa sahip olmayan ülkelerde de gerekçeye ilişkin özel düzenlemeler bulunmaktadır. Ülkelerin gerekçe ilkesini idari usul yasasında düzenledikleri veya idari işlem bazında sınırlandırdıkları ya da konuya ilişkin düzenlemede bulunmadıkları görülür. Bu başlık altında gerekçe ilkesi, ülke uygulama örnekleriyle incelenecek ve Türk İdare Hukukunda gerekçe ilkesi değerlendirilecektir.

##### A. ÜLKE UYGULAMALARINDA GEREKÇE İLKESİ

Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'nin (77) 31 sayılı “İdarenin İşlemleri Karşısında Bireyin Korunması Hakkında Karar”ında gerekçe ilkesi düzenlenmiştir. İlkenin çevirisi: “*Haklarını, özgürlüklerini ya da yararlarını zedeler nitelikte bir yönetsel işlem söz konusu olduğunda, ilgiliye işlemin dayandığı nedenler üzerine bilgi verilir. Bu bilgi verme, işlemde nedenlerin açıklanması biçiminde olabileceği gibi, ilgilinin isteği üzerine makul bir süre içinde yazılı biçimde de olabilir.*”<sup>143</sup> şeklindedir. İlleden de anlaşılacağı üzere bireyin idarenin işlemleri karşısında korunması için gerekçe ilkesi son derece önemli ve gereklidir. Avrupa Konseyi Bakanlar

<sup>136</sup> Akyılmaz, Gerekçe, s. 23.

<sup>137</sup> Tural, s. 22.

<sup>138</sup> Erkal, s. 122.

<sup>139</sup> Tural, s. 22.

<sup>140</sup> Balta, s. 196.

<sup>141</sup> Balta, s. 196.

<sup>142</sup> Akıllıoğlu, Gerekçe, s. 9.

<sup>143</sup> Akıllıoğlu, s. 51.

Komitesi kararı, bir işlemin gerekçelendirilmesini o işlemin bir hak, özgürlük veya menfaat ihlâline neden olması şartına bağlamaktadır<sup>144</sup>.

Komitenin düzenlemesi dışında çeşitli ülke uygulamalarında da gerekçe ilkesine yer verildiği görülmektedir. İkinci Dünya Savaşı sonrasında, hukukun üstünlüğü ve demokrasi ilkelerini benimseyen ülkelerde idari usule ilişkin pek çok düzenleme yapılmıştır<sup>145</sup>. Avrupa’da idari usul alanında kanunlaştırma hareketi; ilk olarak İspanya’da başlamış, 1925 yılında Avusturya Genel İdari Usul Kanununun da etkisiyle pek çok ülkede yaygınlaşmıştır<sup>146</sup>. Amerika Birleşik Devletleri’nde, 1946 yılında Amerika Birleşik Devletleri İdari Usul Kanunu düzenlenmiştir<sup>147</sup>.

Amerika Birleşik Devletleri’nde düzenlenen İdari Usul Kanunu, düzenleyici işlemler için gerekçe yükümlülüğü getirmekte<sup>148</sup>, Gerekçe ilkesi Amerikan İdari Usul Kanununda hem düzenleyici işlemler hem de bireysel işlemler için kabul edilmiştir<sup>149</sup>. Düzenlemeye göre; düzenleyici işlemlerde, dayanak ve amaca ilişkin olarak kısa bir açıklama eklenmesi, bireysel işlemlerde ise, herhangi bir şarta bağlı olmaksızın gerekçe gösterilmesi gerekmektedir<sup>150</sup>. Düzenleyici işlemlerin idareye yük getirmeden ama hakların da uygulanmasına engel olmadan yapılabilmesi için bir takım dengeleyici prosedürler öngörülmektedir<sup>151</sup>.

Norveç İdari Usul Kanununda, düzenleyici işlemlerde idarenin düzenleyici işlem yetkisinin dayanağı olan kurallar açıkça belirtilmekte<sup>152</sup>. İsviçre Federal İdari Usul Kanununda gerekçenin açıklanmayacağı hâller, tarafların isteklerinin tamamen karşılanmış olduğu ve tarafların gerekçe istememesi hâlleridir<sup>153</sup>. İspanya’da, düzenleyici işlem yetkisine ilişkin bir düzenleme yer almamaktadır<sup>154</sup>. İspanya’daki düzenlemede gerekçe ilkesinin geçerli olduğu işlemler, tek tek sayılmıştır<sup>155</sup>.

<sup>144</sup> Seçkin, s. 50.

<sup>145</sup> Çaptuğ, s. 192.

<sup>146</sup> Çaptuğ, s. 192.

<sup>147</sup> Çaptuğ, s. 192.

<sup>148</sup> Amerikan İdari Usul Kanunu (APA) § 552, naklen Seçkin, s. 55.

<sup>149</sup> Seçkin, s. 40.

<sup>150</sup> Volkan Kuyumcu, Türkiye’de İdari Usul Çalışmaları ve Sorunlar, Ankara: 2010, s. 91, www.igb.gov.tr/Kutuphane/volkankuyumcu.pdf, (29.09.2023).

<sup>151</sup> Detaylı bilgi için bkz. Çaptuğ, s. 199.

<sup>152</sup> Gemalmaz, Doğru. Federal Almanya İdari Usul Kanunu m.39/f.2 naklen, s.134.

<sup>153</sup> Akyılmaz, Gerekçe, s. 26.

<sup>154</sup> Gemalmaz, Doğru. Federal Almanya İdari Usul Kanunu m.39/f.2 naklen, s.134.

<sup>155</sup> a. Kişi menfaatlerini ya da sübjektif hakları kısıtlayan girişimler.

b. İdari işlemlerle ilgili görev tanımlarını gözden geçiren, idari kaynakları, hukuki yollara önceden yapılmış itirazları ve arbitraj işlemlerini çözüme kavuşturan girişimler.

c. Danışma organlarının mütalaalarından ya da geçmiş örneklerde rastlanılan kriterlerin sürekliliğinden ayrılan durumlar.

d. Her ne nedenle yapılmış olursa olsun, girişimlerin durdurulması.

e. Acil yazışma normlarının uygulanması ya da sürelerin uzatılması için yapılan anlaşmalar.

f. Takdir hakkı bulunan yetkilerin kullanımı uyarınca yapılan girişimler ve kanun gereği yapılması mecburi olanlar ile açık kural gereği olanlar.” naklen, Akyılmaz, Gerekçe, s. 25.

İdari işlemin gerekçeli olması ilkesi, Alman İdari Usul Kanununda düzenlenmiştir<sup>156</sup>. Alman İdari Usul Kanununda genel düzenleyici işlemlerde gerekçe gösterilmemesi kuralı bulunmaktadır<sup>157</sup>. Ayrıca Kanunda, gerekçe belirtilmesi gerekmeyen işlemler düzenlenmiştir<sup>158</sup>.

İtalya'da da 1990 tarihli İtalyan İdari Usul Kanunu, her idari işlemin, idari teşkilatı, kamu hizmetlerinin yürütülmesini ve personeli ilgilendirenler de dahil olmak üzere gerekçelendirilmesini düzenlemekte, kanuni zorunluluğun yerine getirildiği kararlar ve düzenleyici işlemlerde de gerekçe yükümlülüğü bulunmamaktadır<sup>159</sup>.

İngiltere'de ise gerekçenin idari işlemlerde gösterilmesi; müracaat denetim hakkına engelleme, yetkinin kötüye kullanımı, meşru beklenti hâli ve doğal adalet ve hakkaniyet hâllerinde kabul edilmektedir<sup>160</sup>.

Genel idari usul kanunu bulunmayan ülkelerde örneğin idare hukuku sistemimizin de geniş ölçüde etkilendiği Fransa İdare Hukuku sisteminde, özgürlükler ve bilgi edinme, idari belgelere ulaşma, idari işlemlerin gerekçelendirilmesine dair kanuni düzenlemeler bulunmaktadır<sup>161</sup>. Fransa İdari kararların gerekçesi ve idare ile halk arasındaki ilişkilerin iyileştirilmesi hakkındaki 11 Temmuz 1979 tarihli kanunda düzenlemelere yer verilmiştir<sup>162</sup>. Kanunda genel bir gerekçe belirtme yükümlülüğü düzenlemek yerine bu yükümlülüğün geçerli olacağı işlemlerin listesini vermektedir<sup>163</sup>. Kanun'un "Les actes unilatéraux pris par l'administration" başlıklı ikinci bölümünde, idarenin tek yanlı işlemlerine<sup>164</sup> ilişkin kurallar düzenlenmiştir<sup>165</sup>. Bireysel idari işlemler için gerekçe yükümlülüğü maddede sayılanlarla sınırlıdır<sup>166</sup>.

İdari usul kanunlarında gerekçe ilkesi, ya gerekçelendirilmesi gereken kararların sayma yoluyla belirtilmesi ya da gerekçelendirilmesi gerekmeye işlemler belirtilerek düzenleme yoluna gidilmesi şeklinde düzenlenmektedir<sup>167</sup>. İdari usul kanunuyla kamu veya idare edilenler bakımından özel güven ve kararlılık isteyen alanların düzenlenmesinin uygun olacağı doktrinde ifade edilmektedir<sup>168</sup>. Özellikle idarenin bireysel işlemler düzenlerken gerekçe yükümlülüğü

<sup>156</sup> Seçkin, s. 33.

<sup>157</sup> Federal Almanya İdari Usul Kanunu m.39/f.2 naklen, Gemalmaz, Doğru, s.134.

<sup>158</sup> Gemalmaz, Doğru, s.133- 134.

<sup>159</sup> Akyılmaz, Gerekçe, s. 26.

<sup>160</sup> Kaya, 224 vd.

<sup>161</sup> Seçkin, s. 34.

<sup>162</sup> Seçkin, s. 34.

<sup>163</sup> Kaya, Fransız Hukukunda, s. 112.

<sup>164</sup> "Kamu özgürlüklerini kısıtlayan veya bir kolluk işlemi niteliğinde olanlar, bir yaptırım içeren kararlar, hak yaratan bir işlemi geri alan veya kaldıran işlemler, zamanaşımı, hak düşürücü süre ya da uyulması zorunlu süre nedeniyle olumsuz işlemler, kanuni koşullara uyduğu halde ilgiliye istediği yararı sağlamayı reddeden işlemler, kanun veya düzenleyici işlemlerle saptanan genel kurallara istisna getiren işlemler." Seçkin, s. 57.

<sup>165</sup> Düzenlemede; idari işlemlerin gerekçeli olması (L.211) ve imzalanması (L.212), yürürlüğe girmesi (L.221) bu bağlamda zımni kararların durumu (L.231), geri alma ve kaldırmaya yönelik kurallar (L.240 vd.) yer almaktadır. Detaylı bilgi için bkz. Çaptuğ, s. 222.

<sup>166</sup> "Gerçek veya tüzel kişiler, kendilerini olumsuz yönde etkileyen bireysel idari işlemlerin gerekçesini gecikmeksizin öğrenme hakkına sahiptir. Bu amaçla, temel hakları kısıtlayan, düzenleyici bir tedbir getiren, bir yaptırım öngören, ruhsat vermeyi sınırlandırıcı birtakım şartlara bağlayan, ... hakları kısıtlayan veya geri alan, bir zaman kısıtlaması getiren, yasal şartlara uyduğu halde ilgiliye istediği yararı sağlamayı reddeden işlemlerde gerekçe belirtilmek zorundadır". Kaya, Fransız Hukukunda, s. 112.

<sup>167</sup> Seçkin, s. 32.

<sup>168</sup> Balta, s. 197.

kabul edilmişken düzenleyici işlemler bakımından bu zorunluluk kabul edilmemiştir. Gerekçe gösterme zorunluluğu genel kural olarak kabul edilmiş, gerekçe gösterilmesi gerekmeyen işlemlerin ise sayma yoluyla belirlenmesi yolu izlenmiş, bireysel nitelikli işlemler için gerekçe ilkesi kabul edilmiştir<sup>169</sup>. Bireylerin hak ve menfaatlerinin korunabilmesi için bireysel işlemlerde gerekçe yükümlülüğünün kanunlarda düzenlenmesi yerindedir.

## B. TÜRK İDARE HUKUKUNDA GEREKÇE İLKESİ

Türk idare hukukunda idareyi işlemin gerekçesini ilgiliye bildirmeye zorlayacak genel bir kural bulunmamaktadır<sup>170</sup>. İdarenin gerekçelerini, ilgili hukuk kuralı ya da konunun niteliği gerektirmedikçe, işlemde belirtme zorunluluğu yoktur<sup>171</sup>. İdari işlemlerin gerekçeli olması, hukuk sistemimizde idari işlemin gerekçeli olmasını zorunlu kılan bir düzenleme olmasa da hukuk devleti ilkesinin bir sonucu olarak kabul edilmektedir<sup>172</sup>. Hukuk devleti gerekçe ilkesinin dayanağı olarak kabul edildiğinde ayrı bir düzenleme gerekmesizin idarenin işlemlerini gerekçeli olarak hazırlama yükümlülüğünün kendiliğinden doğduğunun kabulü gerekir<sup>173</sup>.

İdari işlemlerin gerekçeli olması ilkesi, iyi idare hakkı bağlamında birey hak ve menfaatlerini koruyan ilkelerden olması nedeniyle en azından birey hak ve menfaatlerinin etkilendiği idari işlemlerde mutlak suretle uygulanması gerekliliğini ifade edenlerin yanı sıra tüm idari işlemlerin hesap verebilirlik ilkesi uyarınca gerekçeli olması gerektiği de ileri sürülmektedir<sup>174</sup>.

Genel bir kural olmamakla birlikte hukuk sistemimizde gerekçe gösterilmesini zorunlu kılan ya da gerekçeyle ilişkilendirilebilen bazı yasal düzenlemeler bulunmaktadır. Dilekçe Hakkının Kullanılmasına Dair Kanun<sup>175</sup> ile Bilgi Edinme Hakkı Kanunu<sup>176</sup>, gerekçeyle ilgili doğrudan düzenlemeler içerdiği gibi gerekçe ilkesiyle ilişkilendirilen dolaylı etkiler de taşımaktadır<sup>177</sup>. Bu iki kanuni düzenlemenin dışında da gerekçe ilkesinin yer aldığı hukuki düzenlemeler bulunmaktadır<sup>178</sup>. Mevzuatımızda, idari usul kurallarını öngören kimi bazı kanunlar bulunmaktadır. Amme Alacaklarının Tahsili Usulü Hakkında Kanun, İmar Kanunu, Vergi Usul Kanunu, Kamulaştırma Kanunu gibi özel idari usul içerikli düzenlemelerdendir<sup>179</sup>.

Kural olarak idare, kararlarında her ne kadar gerekçe belirtmek zorunda değilse de kararlarını belli gerekçelerle almaya ve istendiğinde açıklamaya mecburdur<sup>180</sup>. İdarenin düzenlediği bir işleme karşı açılan davalarda idare, idari işlemin gerekçesini İdari Yargılama Usulü

<sup>169</sup> Seçkin, s. 31.

<sup>170</sup> Akyılmaz, s. 53.

<sup>171</sup> Balta, s. 200.

<sup>172</sup> Boulanger, s. 184.

<sup>173</sup> Akyılmaz, Gerekçe, s. 33.

<sup>174</sup> Zeyrek, s. 324.

<sup>175</sup> Bkz. Bilgi Edinme Hakkı Bağlamında Gerekçe İlkesi başlığı.

<sup>176</sup> Bkz. Bilgi Edinme Hakkı Bağlamında Gerekçe İlkesi başlığı.

<sup>177</sup> Boulanger, s. 184.

<sup>178</sup> 1136 sayılı Avukatlık Kanunu, m. 7/1, 8/1, 20/1, 71/3, 153/4; 2908 sayılı Dernekler Kanunu, m. 54/1; 1615 sayılı Gümrük Kanunu, ek madde 2; 1512 sayılı Noterlik Kanunu, m. 12/1; 2954 sayılı Türkiye Radyo ve Televizyon Kanunu, m. 13/3; Döner Sermayeli Kuruluşlar İhale Yönetmeliği, m. 23; Evlendirme Yönetmeliği, m. 23/1; Kamu Konutları Yönetmeliği, m. 19; İl Millî Eğitim Disiplin Kurulları Yönetmeliği, m. 17/1; Rekabet Kurumu Çalışma Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik, m. 23, Basın Kartları Yönetmeliği.

<sup>179</sup> Azer, s. 130.

<sup>180</sup> Balta, s. 90.

Kanunu kapsamında bildirmelidir<sup>181</sup>. Madde uyarınca<sup>182</sup> idare gerekçeyi mahkemeye sunmakla yükümlüdür<sup>183</sup>. Uygulamada da idari işlemin gerekçesini öğrenmek için sıklıkla başvuru yolu budur. Gerekçenin gösterilmesi emredildiğinde, idari işleme ekli olarak açıklanması; hazırlık evrakı arasında gerektiğinde açıklanmak üzere durması da gerekçenin gösterilmesinin emredilmediğinde uygulanan usuldür<sup>184</sup>.

Gerekçe gösterme zorunluğunun ya da gerekçe ilkesinin genel nitelikte bir yasada bile sınırlı da olsa düzenlenmiş olması oldukça önemli görülmektedir<sup>185</sup>. Görülmektedir ki idari usul kanunlarında idari işlem düzenlenirken göz önüne alınacak esaslardan biri de gerekçe ilkesidir<sup>186</sup>. Aslında hukuk devletinin bir sonucu da modern bir idari usulü öngörebilmesidir. Hukuk devleti, idari usul prosedürü ile bireye, idare karşısında güvence sağlamak amacıyla<sup>187</sup> da ülkemizde özellikle yargı yerleri hukuk devleti ilkesinin sonucu olarak idare açısından genel bir gerekçe yükümlülüğünün varlığını kabul etmemekte, açık bir kanuni düzenlemenin varlığını aramaktadır<sup>188</sup>.

Ülkemizde idari usul kanunu hazırlıkları yapılmış olmakla birlikte kanunlaşmamıştır<sup>189</sup>. Kanunlaşma hazırlıkları, oldukça kapsamlı düşünülmesi gereken bir konudur. İdari usul kanunu hazırlanırken, idarecilerin çalışma biçimleri gözlenmeli, idari usul sürecinde en doğru karar almaya ve aynı zamanda hukuki güvenliği sağlamaya en elverişli kurallar öngörülürken gerçekçi ve uygulanabilir kurallar öngörülmelidir<sup>190</sup>. Ülkemizde idari usul kanununun düzenlenmesi, özellikle birey hak ve menfaatleri bakımından ve hukuk devleti anlayışının idarede yerleşmesi bakımından oldukça büyük katkılar sağlayacaktır.

## V. DANIŞTAY KARARLARINDA GEREKÇE İLKESİ

Danıştay kimi bazı kararlarında, gerekçe ilkesine ilişkin değerlendirmelerde bulunmaktadır. Danıştayın en önemli görülen kararlarından biri doçentlik kadrosuna atamama işleminin düzenlenmesi için hukuken geçerli bir sebep gösterilmediği gerekçesiyle işlemin iptaline ilişkindir<sup>191</sup>. Dava, açık bulunan doçentlik kadrosuna atanmasının yapılması için yaptığı başvuru

<sup>181</sup> Akyılmaz, s. 53.

<sup>182</sup> “Dosyaların incelenmesi:

Madde 20 – 1. (Değişik birinci cümle: 18/6/2014-6545/17 md.) Danıştay, bölge idare mahkemeleri ile idare ve vergi mahkemeleri, bakmakta oldukları davalara ait her türlü incelemeyi kendiliğinden yapar. Mahkemeler belirlenen süre içinde lüzum gördükleri evrakın gönderilmesini ve her türlü bilgilerin verilmesini taraflardan ve ilgili diğer yerlerden isteyebilirler. Bu husustaki kararların, ilgililerce, süresi içinde yerine getirilmesi mecburidir. Haklı sebeplerin bulunması halinde bu süre, bir defaya mahsus olmak üzere uzatılabilir. ....”

<sup>183</sup> Erkal, s. 133.

<sup>184</sup> Karatepe, s. 103.

<sup>185</sup> Akıllıoğlu, Gerekçe, s. 15.

<sup>186</sup> Seçkin, s. 63.

<sup>187</sup> Seçkin, s. 61.

<sup>188</sup> Akyılmaz, Gerekçe, s. 35.

<sup>189</sup> Konuya ilişkin detaylı bilgi için bkz. Başbakanlık İdari Usul Kanunu Hazırlığı Uluslararası Sempozyumu Bildiriler Kitabı, Başbakanlık Basımevi, Ankara, 1998.

<sup>190</sup> Çaptuğ, s.242, detaylı bilgi için bkz. Atilla Değirmencioğlu. “İdari Usul Kanununun Hazırlanmasında Göz önünde Bulundurulması Gereken Hususlar”, T.C. Başbakanlık İdari Usul Kanunu Hazırlığı Uluslararası Sempozyumu Bildiriler Kitabı, Başbakanlık Basımevi, Ankara, Ocak 1998. s. 265-269.

<sup>191</sup> Danıştay 5. Daire, (E.) 1987/777, (K.) 1988/1960, (T.) 27.06.1988 <https://legalbank.net/belge/d-5-d-e-1987-777-k-1988-1960-t-27-06-1988-danistay-5-daيره-karari/516811/>, (01.10.2023).

üzerine, jüri üyelerince olumlu görüş bildirip üniversite yönetim kurulunca da olumlu karar alınmasıyla birlikte hukuken geçerli hiçbir nedene dayanmayan atamama işleminin iptalini usule ve hukuka uygun bulmuştur. Dava konusu işlemin iptali, atamama işleminin hukuken geçerli bir sebebe dayandırılmaması nedeniyledir.

Gerekçe ilkesine ilişkin diğer bir emsal niteliğindeki karar da sarı basın kartı verilmemesine ilişkin açılan davada verilen karardır<sup>192</sup>. Dava, sarı basın kartı verilmemesi işlemine ilişkin açılmıştır. Danıştay, idari işlemlerin gerekçeli olması ilkesine aykırı olarak düzenlendiğini tespit ettiği işlemi iptal etmiştir<sup>193</sup>. Kararın gerekçesi; hukuki bir düzenlemeye dayandırılmış. Düzenlemede işlemlerin gerekçeli yapılacağıın yer aldığı, idarenin de buna uygun biçimde karar vermesi gerektiği, idari işlemin gerekçeli olmasının bir şekil şartı olduğu ve idari işlemlerin gerekçeli olması ilkesine aykırı olduğu ve bu nedenle iptaline karar vermiştir.

Karar, İdari Dava Daireleri Kuruluna<sup>194</sup> geldiğinde de işlemdeki şekle yönelik değerlendirmeyi tali şekil noksanlığı olarak kabul etmiş ve işlemin sonucunu etkilememesi, işlemin ilgisinin durumunu değiştirmemesi nedeniyle kararı bozmuştur<sup>195</sup>. Kararda şu ifadeler yer verilmektedir:

“Dosyanın incelenmesinden, işlemin dayanağı olan Basın Kartları Yönetmeliğinin 34, 35 ve 49 uncu maddeleri ile işlem tarihinden sonra yapılan düzenleme ile de olsa 46 ncı maddelerine göre basın kartı komisyonu kararlarının gerekçeli olması gerekmektedir. Burada açıklanması gereken ise, kararda gerekçeye yer verilmemiş olmasının kararın şekil şartını oluşturmakta olduğudur. Ancak burada öngörülen şekil kuralı işlemin varoluş şartına ilişkin olmayıp sonucu etkilemeyen, ilgililerin durumunu

<sup>192</sup> Danıştay 10. Daire., (E.) 1993/1403, (K.) 1994/5633, (T.) 10.11.1994, <https://legalbank.net/belge/d-10-d-e-1993-1403-k-1994-5633-t-10-11-1994-danistay-10-daire-karari/529372/>, (01.10.2023).

<sup>193</sup> “İşlemin tesis edildiği tarihte yürürlükte olan Yönetmeliğin 46. maddesi; Basın Kartı Komisyonun kararlarının gerekçeli olması yolunda bir düzenleme içermemektedir. Dava dosyasının incelenmesinden davacının Sarı Basın Kartı istemini inceleyen Basın Kartı Komisyonunun 13.08.1992 tarihli toplantısında bu istemi gerekçesiz olarak reddettiği anlaşılmaktadır.

İdarenin işlemleri karşısında Bireyin Korunması Hakkındaki Avrupa Bakanlar Komitesinin 77 sayılı kararında, ilgilinin hak ve özgürlüklerine veya çıkarlarına değinen bir idari işlem sözkonusu olursa, olabilecek itiraza olanak vermek için gerekçeli olması öngörülmüştür.

İdari işlemlerin gerekçeli olması ilkesi; işlemi yapan idareyi yönetsel işlemin dayandığı maddi ve hukuksal nedenleri açıklamaya, uyguladığı yasayı kavramaya, doğru ve anlamlı olgular ortaya koymaya ve denetim yapmaya zorlar. İşlemden, gösterilen gerekçe işlemin yasaya uygunluğunu değerlendirme, itiraz edip etmeme ve yargı yoluna gidip gitmeme konusunda işlemin ilgisine yardımcı olur.

Nitekim anılan Yönetmeliğin 34. maddesinde; “müracaat sahibinin, kendisine kart verilmesini engelleyen durumu ortadan kalkmadıkça yeniden kart talebinde bulunamaz” düzenlemesi uyarınca, ilgilinin yeniden başvurusu için, önceki kart verilmeme nedenini bilmesi gerektirmektedir. 35. madde; kart düzenlememe gerekçesinin yazı ile ilgiliye 15 gün içinde bildirmesini düzenlemekle, işlemin gerekçeli olması zorunluluğunu getirmektedir. 49. maddede yer alan son inceleme için red kararının gerekçesinde belirtilen hususta değişiklik olduğunu ilgilinin belgelenmesini aramaktadır.

Bütün bu düzenlemeler de idari işlemin gerekçeli olmasını bir şekil şartı olarak öngörmektedir. Davacının Sarı Basın Kartı talebinin reddine ilişkin dava konusu işlem “idari işlemlerin gerekçeli olması ilkesi”ne aykırı bulunmaktadır.”

<sup>194</sup> Danıştay İDDK, (E.) 1995/769, (K.) 1997/525, (T.) 17.10.1997, <https://legalbank.net/belge/d-idrddk-e-1995-769-k-1997-525-t-17-10-1997-danistay-idari-dava-daireleri-kurulu-karari/624341/>, (01.10.2023)

<sup>195</sup> “Bu durumda dava konusu işlemin dayandığı sebep, davalı idarece anılan Yönetmeliğin 22 nci maddesi olarak belirtildiğinden dava konusu işlemin, sebep unsuru yönünden hukuka uygunluk denetimi yapılarak sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken, işlemin gerekçeye yer verilmemiş olmasından bahisle iptal edilmesinde hukuka uyarlık bulunmamaktadır.”

değiştirmeyen bir özelliğe sahip bulunduğundan, bu kurala uyulmamış olması dava konusu işlemin esasının incelenmesini engellemeyecek ve yalnızca bu yönden iptalini gerektirmeyecektir.”

Danıştayın verdiği karar, insan hakları temelli, birey ve idare ilişkisi bakımından gerekli, hukuk devletinin varlığını hissettiren nitelikteyken İdari Dava Dairelerinin kararı, konuyu şekil bakımından inceler niteliktedir. İdari Dava Daireleri Kurulu ve Danıştayın dava konusu edilen karara konu kanunu da farklı yorumladığı görülmektedir. Kurul, idari işlemde ret gerekçesinin yer almamasını idari işlemin şekil unsurunda yer alan ikincil nitelikte bir eksiklik olarak görmektedir. Oysa, işlemde gerekçenin yer almaması ikincil nitelikte bir şekil eksikliğinden ibaret değildir. Danıştay kararında da isabetle belirtildiği gibi ilgilinin idareye ikinci kez başvuru yaparken en azından ilk ret kararının gerekçesini bilmesi ve bu gerekçeye bağlı olarak eksikliği gidermesi ikinci kez ret kararı verilmesinin önüne geçecektir. Bu da bireyin hakkına kavuşmasını sağlayacaktır.

Danıştayın gerekçenin önemine değindiği kararları mevcuttur. Örneğin Danıştay sebep unsuruyla gerekçe yükümlülüğünün önemini bir kararında şu şekilde açıklamıştır:

“...idari işlemlerin bir sebebe ve gerekçeye dayalı olması hukukun genel ilkelerinden olduğundan, bu ilke genel anlamda düzenleme veya işlem yapan idareyi uyguladığı ve düzenleme yaptığı alanda doğru ve anlamlı olgular ortaya koymaya ve denetim yapmaya zorlar. İşlemlerde gösterilen sebep ve gerekçe, işlemin yasaya uygunluğu ve dayanağını değerlendirme, itiraz edip etmeme konusunda ilgililere yardımcı olmakla birlikte, idarenin saydamlığı, savunma hakları ve idareye güven ilkeleri ve hukuk devleti anlayışının oluşumu noktalarında da büyük öneme sahiptir”<sup>196</sup>.

Bir başka kararında Danıştay gerekçenin önemine ve içermesi gerekli unsurlara değinmiştir: “Bir idari işlemin dava yoluyla iptalinin istenilip istenilmeyeceği kararında işlemin hangi gerekçeyle tesis edilmiş olduğu hususunun, yani işlemin sebep unsurunun önemi yadsınamaz. İdari işlemlerin gerekçeleri, işleme muhatap olan bireyi işlemin hukukiliği konusunda da ikna edebilecek unsurları içermelidir”<sup>197</sup>.

Danıştay bazı kararlarında gerekçeyi sebep unsurunun denetimi açısından ele almıştır: “İdari yargı yerince, bir işlem yargı denetimine tabi tutulurken, işlemin yetki, şekil, neden, konu ve maksat yönlerinden hukuka ve hizmet gereklerine uygun olup olmadığının araştırılması gerekir. Bu durumda, işleme esas alınan gerekçenin, diğer bir deyişle, işlemin neden unsurunun incelenmesi ve alınacak sonuca göre bir karar verilmesi gerekmektedir”<sup>198</sup>.

Danıştay bir kararında idari yaptırım niteliğindeki işlemlerde, temel hak ve özgürlükleri sınırlandıran, onlara müdahale niteliği taşıyan işlemlerde ve verilmiş bir hakkı, izni veya yetkiyi geri alan işlemlerde bu işlemlerin idare edilenler yönünden ağır sonuçlar doğuracağı hususu dikkate alındığında, idarenin gerekçe yükümlülüğüne uyması gerektiğini belirtmiştir<sup>199</sup>. Benzer

<sup>196</sup> Danıştay, 8D, 01.03.2010, (E.) 2009/7831, (K:) Y. Durdurma, www.legalbank.net (30.01.2016) naklen Boulanger, s. 180.

<sup>197</sup> Danıştay, 12D, (E:) 2015/1682, (K:) 2015/5866, (T.) 11.11.2015, www.legalbank.net (24.05.2016) naklen Boulanger, s. 180.

<sup>198</sup> Danıştay, 8D, E: 1989/504, K: 1990/913, (T.) 17.09.1990, Danıştay Bilgi Bankası, www.danistay.gov.tr (26.05.2015) naklen Boulanger, s. 180.

<sup>199</sup> Dava konusu uyuşmazlık bu anlatım çerçevesinde incelendiğinde; davacı şirkete ait işyerinin on gün süreyle kapatılmasına ilişkin işlem idari yaptırım niteliğinde bir işlem olduğundan, kapatma gerekçesinin idari işlem



biçimde idari yaptırıma ilişkin kararlarda da gerekçe yükümlülüğünün önemini vurgulamaktadır.

“Ancak, idari yaptırım niteliğindeki işlemlerde, temel hak ve özgürlükleri sınırlayan, onlara müdahale niteliği taşıyan işlemlerde ve verilmiş bir hakkı, izni veya yetkiyi geri alan işlemlerde bu işlemlerin idare edilenler yönünden ağır sonuçlar doğuracağı hususu dikkate alındığında, idarenin gerekçe yükümlülüğüne uyması gerekmektedir. Dava konusu uyumsuzluk bu anlatım çerçevesinde incelendiğinde; davacı şirkete ait işyerinin on gün süreyle kapatılmasına ilişkin işlem idari yaptırım niteliğinde bir işlem olduğundan, kapatma gerekçesinin idari işlemde anlaşılması gerektiği açıktır”<sup>200</sup>

Danıştay, idari yaptırıma ilişkin bu kararında genel bakış açısından uzaklaşmıştır. Kararlarında idari yaptırımın doğuracağı olumsuz sonuçlara vurgu yapmaktadır.

İçtihadı bir hukuk dalı olan idare hukukunda içtihatlarla konuların gelişmesi beklenirken gerekçe ilkesi bakımından aksi yönde bir uygulamanın varlığı görülmektedir. Kanunların koyduğu zorunluluklar dışında içtihatlarla idari işlemde gerekçe ilkesini getiren bir karara rastlanmamaktadır. Hatta kanunla getirilen düzenlemeyi birey hak ve özgürlükleri ya da hukuki düzenlemeler bakımından ele almamış şekil şartı ile ilişkilendirerek idari işlemin asli unsurlarından değil tali nitelikte bir şekil şartı olarak saymıştır. Bu durum da gerekçe ilkesinin içtihatlarla getirilemeyeceği ya da geliştirilemeyeceğini göstermesi bakımından anlamlıdır.

## VI. GEREKÇELİ KARAR HAKKI BAĞLAMINDA GEREKÇE İLKESİ

Gerekçe, yargı kararları bakımından kararda yer alması gereken bir unsur olması ve “gerekçeli karar hakkı” bakımından önemlidir. Yargı kararları bağlamında gerekçede; yargı makamını hüküm vermeye götüren maddi ve hukuki sebepler ve kararın dayanakları açıklanmaktadır. Esasen idari işlem bakımından değerlendirildiğinde de gerekçenin yargı kararlarındaki anlamının gerekçenin idari işlemdeki anlamına benzer olduğu görülmektedir. İdari işlemin maddi ve hukuki sebepleri ve idari işlemin dayanağı gerekçeyle açıklanmaktadır.

Gerekçeli karar hakkının hukuki dayanaklarından ilki 1982 Anayasasıdır. Anayasanın 36. Maddesi “*Hak arama hürriyeti*” ni düzenlemektedir<sup>201</sup>. 141. Maddede de “*Duruşmaların açık ve kararların gerekçeli olması*” düzenlenmektedir<sup>202</sup>. ayrıca aynı maddenin 3. fıkrasında “mahkemelerin her türlü kararları gerekçeli yazılır” (m.141/3) düzenlemesiyle gerekçe, yargı kararlarının tümü ve mahkemelerin tüm kararları için zorunlu olarak düzenlenmiştir<sup>203</sup>. Düzenleme gereğince mahkemeler kararlarını gerekçeli açıklamak zorundadırlar.

anlaşılması gerektiği açıktır”, Danıştay, İDDGK, 21.04.2011, (E) 2007/1800, (K.) 2011/267, (T.) 22.01.2015 Danıştay Bilgi Bankası, www.danistay.gov.tr, naklen Boulanger, s. 180.

<sup>200</sup> Danıştay İDDK, (E.) 2007/1800, (K.) 2011/267, (T.) 21.04.2011, www.lexpera.com.tr (01.10.2023).

<sup>201</sup> “Herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir.”

<sup>202</sup> “Bütün mahkemelerin her türlü kararları gerekçeli olarak yazılır.”

<sup>203</sup> Anayasa Mahkemesi de Anayasa’nın 36. maddesi uyarınca inceleme yaptığı birçok kararında, ilgili hükmü Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin (Sözleşme) 6. maddesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) içtihadı ışığında yorumlamak suretiyle, gerek Sözleşme’nin lâfzî içeriğinde yer alan gerek AİHM içtihadıyla adil yargılanma hakkının kapsamına dâhil edilen gerekçeli karar hakkı ve silahların eşitliği ilkesi gibi ilke ve haklara, Anayasa’nın 36. maddesi kapsamında yer vermektedir B. No: 2012/13, 2/7/2013, §38, https://kararlarbilgiban-kasi.anayasa.gov.tr/, (03.10.2023).

2577 Sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununda da yürütmenin durdurulması kararlarında idari işlemin hangi gerekçelerle hukuka açıkça aykırı olduğu ve işlemin uygulanması hâlinde doğacak telafisi güç veya imkânsız zararların neler olduğunun belirtilmesi zorunluluğu getirilmiştir<sup>204</sup>. Her ne kadar anayasada mahkeme kararlarının tümü için gerekçe ilkesi düzenlenmişse de idari yargı makamları yürütmenin durdurulması taleplerine ilişkin verdiği kabul ya da ret kararında gerekçe açıklamamaktaydı. Bunun üzerine kanun koyucu İdari Yargılama Usulü Kanunda değişiklik yapma yoluna gitmiştir. Kanun değişikliğiyle idari yargı makamlarının uygulamalarının değiştiği söylenebilir. Benzer süreç idari işlemlerin gerekçeli olması yükümlülüğünün idare için getirilmesinde de yaşanabilir. Kanuni düzenleme olması hâlinde idarenin zamanla düzenlemeye uygun hareket etmeye başlaması muhtemeldir.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin “*Adil yargılanma hakkı*” başlıklı 6. Maddesi de gerekçeli karar hakkının hukuki dayanaklarından<sup>205</sup>. Her ne kadar madde de gerekçeli karar hakkı açıkça düzenlenmemişse de madde metninin yorumundan bu hakka ulaşılmaktadır<sup>206</sup>. Anayasa Mahkemesi de kararlarında gerekçe hakkının adil yargılanma hakkı kapsamında olduğunu belirtmektedir<sup>207</sup>. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de yargı makamlarının kararlarında “yeterli gerekçe” göstermeleri gerektiğini, gerekçe gösterme yükümlülüğünün kapsamının, kararın niteliğine göre değiştiğini ve davaya konu olaya göre değerlendirilmesi gerektiğini düşünmektedir<sup>208</sup>.

Anayasa Mahkemesinin de gerekçeli karar hakkını değerlendirdiği kararları bulunmaktadır. Mahkeme kararlarında; gerekçe hakkının önemini, içeriğini açıklamaktadır. Anayasa Mahkemesine göre adil yargılanma hakkının unsurlarından biri de mahkeme kararlarının gerekçeli olmasıdır. Anayasa Mahkemesi, gerekçenin nasıl olması gerektiğine ilişkin de değerlendirmelerde bulunmaktadır<sup>209</sup>. Gerekçe hakkının kullanımını yargılamada ileri sürülen her türlü iddia ve savunmaya ayrıntılı şekilde yanıt verilmesi anlamında yorumlamamaktadır. Kararın niteliğine göre, gerekçe gösterme zorunluluğunun kapsamının değişeceği görüşündedir. Kararın mahiyetine göre kimi zaman gerekçenin detaylı yazılması gerekirken kimi zamanda çok detaylı açıklanması gerekmeyecektir. Bu durum, idari işlemlerin gerekçesinin açıklanması için de böyledir. Kimi bazı idari işlemlerde gerekçenin detaylıca açıklanması gerekirken kimisi için

<sup>204</sup> md.27.

<sup>205</sup> “Herkes medeni hak ve yükümlülükleri ile ilgili uyuşmazlıklar ya da cezai alanda kendisine yöneltilen suçlamalar konusunda karar verecek olan, kanunla kurulmuş bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından davasının makul bir süre içinde, hakkaniyete uygun ve açık olarak görülmesini isteme hakkına sahiptir.”

<sup>206</sup> Şeker, H.(2004). Strazburg Yargı Kararlarında; Doğru, Haklı, Yasal ve Makul Gerekçe Biçimleri, İstanbul: *İstanbul Barosu Dergisi*, 78( 2) , s. 448.

<sup>207</sup> “Yapılan yargılama sırasında tanık dinleme hakkı da dâhil olmak üzere delillerin ibrazı ve değerlendirilmesi adil yargılanma hakkının unsurlarından biri olarak kabul edilen silahların eşitliği ilkesi kapsamında kabul edilmekte olup, bu hak ve gerekçeli karar hakkı da makul sürede yargılanma hakkı gibi adil yargılanma hakkının somut görünümleridir.” Mustafa Kahraman, B. No: 2014/2388, 4/11/2014, § 33, <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/>, (03.10.2023).

<sup>208</sup> *Higgins ve Diğerleri /Fransa*, B. No: 134/1996/753/952, 19/2/1998, § 42, <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/>, (03.10.2023).

<sup>209</sup> Bkz. Anayasa Mahkemesi B. No: 2013/1213, 4/12/2013, § 26, <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/>, (03.10.2023).

de bu denli bir detay vermeye ihtiyaç olmayacaktır. Gerekçeli karar yazım tekniği, benzerlikleri oranında idari işlemin gerekçesinin yazımında da kullanılabilir niteliktedir.

Anayasa Mahkemesi davanın niteliğine göre gerekçenin ayrıntısının değişebileceğini kabul etmektedir. Ancak gerekçenin yazımına ilişkin Anayasa Mahkemesinin vurguladığı nokta, kararın hüküm kısmına dayanak oluşturan hukuki gerekçenin kısa ve özet de olsa yazılmış olmasıdır<sup>210</sup>. İdari işlem bakımından da idari işlemin düzenlenmesine dayanak oluşturan gerekçenin açıklanması gerekmektedir.

Yargı kararlarının gerekçeli olmasının sonuçları Anayasa Mahkemesince değerlendirildiğinde; davanın taraflarının mahkeme kararının dayanağını öğrenerek mahkemelere ve genel olarak yargıya güven duymalarını sağlaması, tarafların kanun yoluna etkili başvuru yapmalarını sağlaması olarak görülmektedir. Anayasa Mahkemesi, kanun yolunun etkili kullanılmasının gerekçesi bilinen bir kararla mümkün olduğu görüşündedir<sup>211</sup>. Gerekçeli karar hakkı yargıya güveni artırırken gerekçeli idari işlem de idareye olan güveni artırır.

Kanun yolu mahkemelerince verilen kararların gerekçelerinin ayrıntılı olmaması, ilk derece mahkemelerince verilen kararların kanun yolu aşamasında üst mahkemelerde onanması hâlinde aynı gerekçelerin kullanılmasıyla açıklanmaktadır<sup>212</sup>. Benzer durum, ilk derece idari yargı yerleri ile idari makamlar arasında da vardır. İlk derece yargı yerleri, idari işlemi hukuka uygun bulduğu kararlarında, idarenin kararlarına benzer nitelikte değerlendirme yaptığından idari işlemin gerekçeli düzenlenmesi bu bakımdan da önemlidir.

Gerekçeli karar hakkı bağlamında değerlendirildiğinde, gerekçe yazımı adaletin doğru, düzgün yerinde işlediğini gösteren unsur olması bakımından önemlidir. Benzer biçimde “iyi idarenin hissedilmeyen idare oluşu” da idarenin işlemlerinin gerekçelerinin açıklanmasıyla mümkün olacaktır. Yargı kararlarının gerekçeli olması ne denli önemliyse idari işlemlerin gerekçeli olması da en az onun kadar önemli, gerekli ve hukuk devleti için faydalıdır. Bu bağlamda gerekçeli idari işlem, bir haktır.

## SONUÇ

Kamu hizmeti yürütmekle görevli idare, bu görevini yerine getirebilmek için kamu yararı amacıyla idari işlemler düzenler. İdarenin düzenlemiş olduğu bu idari işlemler mutlaka bir sebebe dayanarak yapılır. İdare, idari işlemlerine dayanak teşkil eden bu sebebi ya da sebepleri, işlemi düzenlerken kullandığı kriterleri ve işlemle ilgili bu ve benzeri hususları tek başına değerlendirir. İdarenin tek yanlı işlemler yapabilme gücü, bu durumu doğurmaktadır. Bu noktada, idarenin düzenlemesinden etkilenen ilgilinin, tüm bu idari işlemi düzenleme prosedürü hakkında bilgi sahibi olması ancak idari işlem hakkında yargılama yapılması aşamasında mümkündür. İdarenin düzenlediği işlemlere “taraf” olamamanın yanı sıra temel hak ve özgürlüğüne etki eden bir işlemin gerekçeleri ve değerlendirme kriterlerinden oldukça geç bilgi sahibi olması, ilgiliyi “itaat” eden, “söz dinleyen” tebaa konumuna düşürmektedir. Oysa geline çağda hukuk devleti ilkesinin gerekleri de düşünüldüğünde idarenin düzenlediği işlemlerin

<sup>210</sup> B. No: 2012/1034, 20/3/2014, § 33, <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/>, (03.10.2023).

<sup>211</sup> B. No: 2012/1034, 20/3/2014, § 34, <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/>, (03.10.2023).

<sup>212</sup> B. No: 2012/1269, 8/5/2014, § 53, <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/>, (03.10.2023).

gerekçelerinin bilinmesi idari işlemin ilgisi bakımından bir hak olarak görülmektedir. Gerekçe ilkesine uygun olarak düzenlenen idari işlemler birey idare ilişkisi açısından son derece olumlu olacaktır. Aynı zamanda gerek uygulamalar gerekse anlayış açısından hukuk devleti ilkesine yaklaştıracaktır.

Bir diğer konu da usul kanunun yürürlüğe girmemiş oluşudur. Düzenlenecek bir usul kanunuyla idarenin işlemlerine ilişkin olarak gerekçe açıklama yükümlülüğü getirebilir. Kanunla düzenlenmemiş olsa bile içtihadi bir hukuk dalı olan idarede bireyin temel hak ve özgürlüklerinin korunması bağlamında gerekçe ilkesi kabul edilmelidir. Ancak yargı yerleri bu yönde içtihatlar geliştirmemekte, içtihatlarla idareyi gerekçe ilkesini uygulaması için zorlamamaktadırlar. Oysa içtihat geliştirmek için temel neden hukuk devleti ilkesinin Anayasadaki varlığıdır. Kanun koyucu konuya ilişkin kanun çıkarmazken yargı yerleri içtihat geliştirmekten gerekçe yükümlülüğünün idare hukuku sisteminde yer etmesi oldukça güçleşmektedir.

Ülkemizde idari usul yasasının olmaması, idarenin gerekçe ilkesine uygun davranmasının önüne geçmektedir. Oysa hukuk devleti ilkesi tek başına dahi idari usul ilkelerine dayanak teşkil edebilecektir. Özellikle gerekçe ilkesinin bireyler üzerinde sağladığı hukuki koruma düşünüldüğünde bu ilkenin hukuk sistemimize dahil edilmesi gerektiği görülmektedir. İdare hukuk sistemimizde, kanunda açıkça düzenlenen hâllerde gerekçe yükümlülüğü vardır. Bunların dışında idareyi gerekçe açıklamaya zorlayacak özel düzenleme bulunmamaktadır. Ancak anayasada yer alan hukuk devleti ilkesinin tek başına dahi gerekçe yükümlülüğünün yerine getirilmesini sağlayabilecek güçte bir hukuki düzenleme olduğu düşünülmektedir. Hukuk devletinde idari işlemlerde gerekçenin yer alması birey için bir hak olduğundan bu hakkın yerine getirilmesi devleti hukuk devleti yapmaktadır.

Yürütmeyi durdurma kararları yargı makamlarında uzun süre gerekçe açıklamadan veriliyordu. Kanunda getirilen düzenleme bu noktada, kararların veriliş biçimini değiştirmiş idari işlemlerde gerekçe yükümlülüğünün de idare hukukunda yerleşmesi benzer bir süreçle mümkün olabilecektir. Yürütmeyi durdurma kararlarının veriliş usulü, “şablon” karar uygulamasından uzaklaşmış ve “rasyonellik” uygulanarak, kararın neden verildiğinin akla uygun hâle getirilerek açıklanmışsa idari işlemler de bireye özgü kararlarında kararın veriliş nedenini açıklamalıdır.

Gerekçe ilkesi, idareyi hesap verebilen idare durumuna getirmektedir. Hesap vermek istemeyen idare hukuka uygunluk karinesini bir araca dönüştürmektedir. Hukuka uygunluk karinesi, idare için tıpkı takdir yetkisinin kullanımında olduğu gibi kimi zaman bir sığınak görevi görmektedir. İdare elbette ki hukuka uygunluk karinesinden faydalanmaya devam etmelidir. Ama “kötü niyetli” kullanımın önüne geçilmelidir. Kamu görevlileri bakımından hukuka aykırı özendirici davranışlardan uzak durulmalıdır. İdare, hukuka uygunluk karinesinden faydalanacağını bilerek bireyleri zor durumda bırakacak uygulamalar yapmamalıdır. Uygulamada bu karineden faydalanarak hukuk aleminde geçerli bir işlem yapılması ardından bireyin dava açarak idari işlemi iptal ettirmesi durumuyla sıklıkla karşılaşılmaktadır. Gerekçesini açıklamaya ya da açıklamak istemeyen idare, gerekçenin öğrenilebilmesi için adresi idari yargı

makamları olarak göstermektedir. Gerekçe, ancak ve ilk kez yargılama aşamasında görülebilmektedir.

İdarenin düzenlediği işlemlerin gerekçeli yazılmasına, idarenin işleyişinde yavaşlamaya, işlemlerde gecikmeye neden olması gibi doğurabileceği sonuçlar açısından karşı çıkmaktadır. Gerçekten de idarenin hizmetlerinin geç işlemesi, idarenin sorumluluğuna neden olmaktadır. Ancak idarenin hizmetlerinin kötü işlemesinin de idarenin sorumluluğuna neden olduğu göz önüne alındığında idari işlemlerin gerekçe ilkesine uygun düzenlenmemesinin de hizmetin kötü işlemesi olarak kabul edilebileceği söylenebilir. Her işlemin gerekçeli olması ya da detaylı açıklamalar içermesi beklenmemektedir. Bu bağlamda yargı kararlarının gerekçelerini açıklarken uygulamış oldukları prensipler idari işlemin gerekçesi açıklanırken de uygulanabilir.

Burada uygulanacak ilkeler, yargı kararlarının gerekçelerini açıklarken uyguladıkları minvalinde olabilir. Yargı kararları gerekçelerinde her detaya yer vermeyip karara dayanak oluşturan gerekçenin açıklanması yeterli ise idari işlem açıklanırken de idari işlemin dayanak oluşturan gerekçenin açıklanması yeterlidir. Böylelikle Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Anayasa Mahkemesince de kabul edilen “yeterli gerekçe” koşulu da her iki durum için sağlanmış olacaktır.

İdari işlemlerde gerekçenin yer alması “birey” için haktır. Bu bakış açısıyla düşünüldüğünde “gerekçeli işlem hakkı” karşımıza çıkacaktır. İdarenin işlemlerinde gerekçe belirtme yükümlülüğünün bir hak olduğu fikrine dayanan ilke kaynağını da hukuk devletinden almaktadır. Tıpkı mahkeme kararlarının gerekçeli olması gibi idari işlemlerin de gerekçeli olması haktır. Gerekçeli karar yargısal makam nazarında bir hak ise, idare önünde de “gerekçeli işlem hakkı” bir haktır.

İdarenin gerekçe yükümlülüğü, demokratik bir ihtiyaç, hukuk devletinde olmazsa olmaz, hesap verebilirlik aracı ve bir ahlâki sorumluluktur. Gerekçe ilkesinin idari işlemler üzerine uygulamış olduğu denetim ve ilgisi hakkında sağladığı hukuki korumanın önemi ve etkisi yadsınamayacağından bu ilkenin kabulü ve idarenin işlemlerini bu ilkeye göre düzenlemesi zaruridir. İdari işlemlerde gerekçe yükümlülüğü, özellikle hakkı kısıtlayan ya da bireyin talebinin reddi kararlarında mutlaka tanınmalıdır. Yargı kararlarının “gerekçeli karar hakkına” ilişkin uyguladığı ilkeler, uyum gösterdiği oranda “gerekçeli işlem hakkında” da uygulanmalıdır.

## KAYNAKÇA

- Akıllıoğlu, Tekin, "Yönetimde Açıklık-Gizlilik ve Bilgi Alma Hakkı", I. Ulusal İdare Hukuku Kongresi, C.II, Ankara: Danıştay Yayınları, 1990.
- Akıllıoğlu, Tekin. "Bireyin Yönetimsel İşlemler Karşısında Korunması ve Yönetim Hukukumuz". Amme İdaresi Dergisi. 14/3 (1981): 37-56.
- Akıllıoğlu, Tekin. Yönetimsel İşlemlerde Gerekçe İlkesi. Amme İdaresi Dergisi. 15/2 (1982): 7-19. (Gerekçe)
- Akıyıldız, Ali. Hukuk Devleti Yargı Bağımsızlığı ve Danıştay. Ankara: Anıttepe Yayıncılık, 2009.
- Akıylmaz, Bahtiyar, "İdari İşlemlerde Gerekçe Yükümlülüğü", A. Şeref Gözübüyük'e Armağan, Ankara: Turhan Kitabevi, 2005. (Gerekçe).
- Akıylmaz, Bahtiyar, Murat Sezginer, Cemil Kaya. Türk İdare Hukuku, Ankara: Seçkin Yayınları, 2023.
- Akıylmaz, Bahtiyar. "Takdir Yetkisinin Yargısal Denetimi" Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Meslek Yüksek Okulu Dergisi. 1/1 (1998): .23-57.
- Altundiş, Mehmet. "Hukuki Güvenlik İlkesi". Yasama Dergisi. 10 (2008): 60 – 94. <https://dergipark.org.tr/en/download/article-file/1121314>. (Erişim: 10.10.2023)
- Azer, Can. "Bilgi Edinme Hakkı". Yayımlanmamış Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi, 2010.
- Azrak, Ali Ülkü. "İdari Yargı Denetiminin Sınırı Olarak İdarenin Takdir Yetkisi". İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi. 6/1-3 (2011): 17-28.
- Azrak, Ali Ülkü. İdari Usul ve Yasalaştırılması, I. Ulusal İdare Hukuku Kongresi, İkinci Kitap, Kamu Yönetimi, Ankara, 1990, s. 823.
- Balta, Tahsin Bekir; İdare Hukukuna Giriş, Ankara: Sevinç Matbaası, 1970.
- Boulanger, Özge Didem. "İdari İşlemin Sebep Unsuru". Yayımlanmamış Doktora Tezi, Marmara Üniversitesi, 2016.
- Cin, Hadi. "İnsan Hakları, Demokrasi ve Hukuk Devleti Ekseninde Bilgi Edinme Hakkı". Yüksek Lisans Tezi, Akdeniz Üniversitesi, 2005.
- Çağlayan, Ramazan. "Türk Hukukunda İdarenin Takdir Yetkisinin Yargısal Denetimi". Atatürk Üniversitesi Erzurum Hukuk Fakültesi Dergisi. 7/3-4 (2003): 171-208.
- Çağlayan, Ramazan. İdare Hukuku Dersleri, Ankara: Adalet Yayınevi, 2019.
- Çaptuğ, Mehpare. "İdari Usul Hukukunda Hukuki Güvenlik İlkesi". Yayımlanmamış Doktora Tezi, Dokuz Eylül Üniversitesi, 2020.
- Çolak, Nusret İlker. "Bilgi Edinme Hakkı, Önemi ve Bilgi Verme Yükümlülüğü". E-Akademi Hukuk Ekonomi ve Siyasal Bilgiler Aylık İnternet Dergisi. 39(2005): 2-20.
- Değirmencioğlu, Atilla; "İdari Usul Kanununun Hazırlanmasında Göz önünde Bulundurulması Gereken Hususlar". T.C. Başbakanlık, İdari Usul Kanunu Hazırlığı Uluslararası Sempozyumu Bildiriler Kitabı, Ankara: T.C. Başbakanlık Basımevi, 1998, s. 265-269.
- Duran, Lütfi; "İdari Usul İlkeleri ve Kapsadığı Konular", T.C. Başbakanlık İdari Usul Kanunu Hazırlığı Uluslararası Sempozyumu Bildiriler Kitabı. Ankara: Başbakanlık Basımevi, 1998.
- Eken, Musa. "Kamu Yönetiminde Gizlilik Geleneği ve Açıklık İhtiyacı". Amme İdaresi Dergisi. 27/2 (1994): 25-54.
- Erkal, Atıla. "Türk ve Alman Hukukunda Gerekçe Yükümlülüğü". Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 17/1 (2009): 129-150.
- Gemalmaz, Semih, Osman Doğru. "Federal Almanya Cumhuriyeti İdari Usul Yasası (1976)". İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi, 9/1-3(2011): 127-146.

- Goffaux Patrick, "La Transparence Administrative Et Motivation Formelle Des Actes Administratifs En Belgique", T.C. Başbakanlık, İdari Usul Kanunu Hazırlığı Uluslararası Sempozyumu Bildiriler Kitabı, Ankara: T.C. Başbakanlık Basımevi, 1998.
- Gözaydın, İhtar, "Yönetimde Şeffaflık Üzerine Notlar", T.C. Başbakanlık İdari Usul Kanunu Hazırlığı Uluslararası Sempozyumu Bildiriler Kitabı. Ankara: Başbakanlık Basımevi, 1998.
- Gözler, Kemal. İdare Hukuku. Bursa: Ekin Yayınevi, 2019.
- Gözübüyük Şeref, Turgut Tan, İdare Hukuku Genel Esaslar. Cilt I. Ankara: Turhan Kitabevi, 2014.
- Günday, Metin. İdare Hukuku. Ankara: İmaj Yayınevi, 2015.
- Kanlıgöz, Cihan. "İdari İşlemlerde Yazılı Bildirim". Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi. 50/1-4 (1988): 173-192.
- Karahanoğulları, Onur. İdarenin Hukukla Kavranması: Yasallık ve İdari İşlemler. Ankara: Turhan Kitabevi, 2012.
- Karatepe, Şükrü. "İdarenin Takdir Yetkisi". Türk İdare Dergisi.63/392 (1991): 63-121.
- Kaya, Cemil. "Fransız Hukukunda Vize Reddi, Gerekçe Yükümlülüğü ve Conseil d'Etat Denetimi". Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi. 9/3-4 (2001): 110-123 (Fransız Hukuku).
- Kaya, Cemil. "İngiliz İdare Hukukunda Gerekçe Belirtme Yükümlülüğü İlkesi", A. Şeref Gözübüyük'e Armağan, Ankara: Turhan Kitabevi, 2005.
- Kaya, Cemil. İdarenin Takdir Yetkisi ve Yargısal Denetimi. İstanbul: On İki Levha Yayınları, 201. (Takdir Yetkisi).
- Kuyumcu, Volkan. Türkiye'de İdari Usul Çalışmaları ve Sorunlar, Ankara: T.C. Başbakanlık Basımevi 2010.
- Odyakmaz, Zehra. "Hazırlanmakta Olan İdari Usul Kanunu Açısından Demokratikleşme Sürecinde Şeffaflaşma ve Bireye Tanınan Haklar". Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi. 1/2 (1999): 1-21.
- Onar, Sıddık Sami. İdare Hukukunun Umumi Esasları. 1. Cilt, İstanbul: Akgün Matbaası, 1960.
- Özay, İl Han. Günışığında Yönetim. İstanbul: Filiz Kitabevi, 2004.
- Öztürk, Burak Kaya. "İdari İşlemin Sebep Unsuru: Yeni Bir Tanım Denemesi". Prof. Dr. Metin Günday Armağanı. (2020): 1033-1050.
- Seçkin, Sinan, Gül Üstün. "İdari İşlemlerde Takdir Yetkisi ve Gerekçe İlkesi". Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi. 21/2 (2015): 509-534.
- Seçkin, Sinan. "Türk İdare Hukukunda İdari İşlemlerde Gerekçe İlkesi", Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi, 2014.
- Şengül, Ramazan. "Bilgi Edinme Hakkı Kanunu Türk Kamu Yönetimini 'Camdan Eve' Dönüştürür Mü?". Ankara Üniversitesi SBF Dergisi. 60 /3 (2007): 215-234.
- Tutal, Erhan. "İdari İşlemin Gerekçelenendirilmesi". Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Gazi Üniversitesi, 2006.
- Ulusoy, Ali Dursun. Yeni Türk İdare Hukuku. Ankara: Yetkin Yayınları, 2019.
- Uyanık, Halit. "İdare Hukukunun Eksen Kayması: İdarenin Üstünlüğünün Gerekçelenendirilmesi Sorunu". İÜHFİM.69/1-2 (2011): 1149-1162.
- Yaşar, Hasan Nuri. İdari Yargı, İdari Yargıç, Yargısal Emir, İstanbul: On İki Levha Yayınları. 2013.
- Yıldırım, Ramazan, "İdare Hukuku Açısından Bilgi Edinme Hak ve Özgürlüğü", T.C. Başbakanlık İdari Usul Kanunu Hazırlığı Uluslararası Sempozyumu Bildiriler Kitabı, Ankara: T.C. Başbakanlık Basımevi, 1998.
- Yıldırım, Ramazan. İdare Hukuku Kavramları Sözlüğü, Konya: Mimoza Yayınları, 2006.
- Zeyrek, İlker. "Birey-İdare İlişkisi Bağlamında İyi İdare Hakkı ve Türk Pozitif Hukukundaki Görünümü". TBB Dergisi. 155 (2021): 295-329.



İntihal | Plagiarism: Bu makale, en az iki hakem tarafından incelendi ve intihal içermediği teyit edildi.

| This article has been reviewed by at least two referees and scanned via a plagiarism software.

# HANEFÎ HUKUK DÜŞÜNÇESİNDE AKDİN BÖLÜNMEZLİĞİ İLKESİ: MAHİYETİ VE UYGULAMADAKİ YANSIMALARI

## THE PRINCIPLE OF INDIVISIBILITY OF CONTRACT IN HANAFİ LEGAL THOUGHT: ITS NATURE AND IMPLICATIONS IN PRACTICE

Dr. Adem Yığın\*

### ÖZ

İslam hukuku açısından akitlerin en temelde ilâhî ilkeler ve taraf iradeleri ile şekillendirildiği söylenebilir. Akitlerin şekillendirilmesinde uyulması gereken ve vahiyden hareketle İslam hukukçuları eliyle ortaya konulmuş hukuk ve ahlak düzeninin gereklerine göre hareket edilmesini ve ana hedeflerin yozlaştırılmamasını temin eden ilkeler vardır. Akdin bölünmezliği ilkesi de bu ilkeler arasında değerlendirilebilir. Akdin bölünmezliği ilkesi, fıkıh eserlerinde müstakil bir başlık ya da özel bir bölüm altında ya da eserlerin belirli bir konusuna bağlı olarak bir yerde incelenmez. Bunun yerine akitler ele alınırken gerektiği yerde kendisine atıfta bulunulan bir ilke konumundadır. Bu durum konunun fıkıh alimlerinin bu ilkeyi kendisiyle ilişkilendirdiği tikel hukuk meselelerinden hareketle ve tüme varım yoluyla ortaya konulmasını gerekli hale getirmiştir. Karşılaştırma imkânı vermesi yönüyle farklı fıkıh mezheplerinin birlikte değerlendirilmesinin getirdiği bazı avantajlar vardır. Bununla birlikte bir mezhebin kendi iç bütünlüğü gözetilerek esas alınmasının da önemli faydaları söz konusudur. Özellikle bir konu incelenirken görüş ve kavram kargaşasını azaltması, ilgili konunun mezhebin kendi sistematigi içinde kavranmasını sağlaması, bilinen mezhep görüşleriyle ve mezhebin tarihi gelişimiyle sağlıklı bir irtibatın kurulmasını temin etmesi bu faydalar arasında sayılabilir. Zikredilen bakış açısıyla bu makalede akdin bölünmezliği ilkesi, Hanefî mezhebi esas alınarak incelenmiştir. Akdin bölünmezliği ilkesini Hanefî hukukçuların yaklaşımlarıyla ortaya koymak üzere “ilkenin mahiyeti” ve “ilkenin hükümleriyle birlikte uygulamadaki yansımaları” şeklindeki iki temel noktadan hareket edilmiştir.

**Anahtar Kelimeler:** Hanefî mezhebi, akit, ilkeler, akdin bölünmezliği ilkesi, akdin unsurları.

\* TDV İslam Araştırmaları Merkezi.

0000-0001-9729-8728 ademygn@hotmail.com



Bu eser Creative Commons Alıntı-Gayri Ticari-Türetilemez 4.0 Uluslararası Lisansı ile lisanslanmıştır. This work is licensed under a Creative Commons Attribution-NonCommercial-NoDerivatives 4.0 International License.

## ABSTRACT

From the perspective of Islamic law, it can be stated that contracts are fundamentally shaped by divine principles and the will of the parties involved. There are principles that must be followed in shaping contracts and that ensure adherence to the requirements of the legal and ethical system established by Islamic jurists based on revelation, as well as preventing the corruption of the primary objectives. The principle of the indivisibility of the contract is one such principle among them. The principle of the indivisibility of the contract is not examined as an independent topic or under a specific section in jurisprudential works. Instead, it is a principle that is referred to when discussing contracts in relevant contexts. This situation has made it necessary to establish this principle by deriving it from specific legal issues to which jurisprudence scholars have associated this principle and extrapolating it to encompass general legal matters through a process of deduction. There are certain advantages to evaluating different schools of Islamic jurisprudence together due to the opportunity it provides for comparison. However, there are also significant benefits to adhering to a single school of thought while considering its internal coherence. In particular, it can be counted among these benefits that it reduces confusion of opinions and concepts when examining a specific topic, ensures a better understanding of the relevant topic within the framework of the school's own systematic approach, and facilitates establishing a healthy connection with known school of thought views and the historical development of the school. From the mentioned perspective, in this article, the principle of the indivisibility of the contract has been examined based on the Hanafi school of jurisprudence. To elucidate the principle of the indivisibility of the contract within the framework of Hanafi jurists' approaches, the article proceeds from two fundamental points: "the nature of the principle" and "its implications in practice along with its rulings."

**Keywords:** Hanafi school, contract, principles, the principle of the indivisibility of the contract, elements of the contract.

## GİRİŞ

Akitler hukukî ve sosyal hayatın ayrılmaz parçalarıdır. Hemen herkesin günlük hayatta bir şekilde uygulamak durumunda olduğu akitler, bir yönüyle kanun koyucunun vazettiği yani İslam hukuku açısından bakıldığında Allah'ın bildirdiği hükümlere ve bu hükümlerden hareketle oluşturulmuş bütün akitler için geçerli genel kurallar ile akit türlerine özel kurallara bağlı olarak ortaya çıkarlar. Diğer yönüyle akitler, söz konusu hüküm ve kuralların sınırları içinde kalarak hareket eden akdin taraflarına ait iradelerin tezahürüdürler. Taraf iradeleri söz konusu olduğunda akit yapma özgürlüğü gündeme gelmektedir. Tarafların iradelerini özgür bir şekilde kullanmaları ise akitlerde tip özgürlüğü ile şekil ve içerik özgürlüğü üzerinden gerçekleşir. Burada tip özgürlüğü ile isimli ya da isimsiz bir akdi seçip yapabilme ya da temel ilkeler çerçevesinde yeni akitler ortaya koyabilme özgürlüğü kastedilmektedir. Şekil ve içerik özgürlüğü ise akdin kurulmasında taraf seçimi, akit konusunun tespiti ve düzenlenmesi, akdin istenilen bir zamanda ve ortamda istenilen tarz, biçim ve vasıtalarla gerçekleştirilmesi, akdin meşru yollarla sona erdirilmesi gibi durumlardaki özgürlüğü ifade etmektedir.<sup>1</sup> Her meselede olduğu gibi özgür iradenin akitlerdeki yansıması da genel ve özel ilkelerle kontrol edilir. İslam hukuku açısından bakıldığında akdin bölünmezliği ilkesi de bu ilkeler arasında yer alır. Buna göre akdin bölünmezliği ilkesi, söz konusu özgürlüklerin vahiyden hareketle İslam hukukçuları eliyle ortaya konulmuş hukuk ve ahlak düzeninin gereklerine göre kullanılmasını ve ana hedeflerin yozlaştırılmamasını temin eden ilkeler arasında sayılabilir. Aynı şekilde bu özgürlüğün istikrarlı ve uyumlu bir şekilde kullanılmasını ve açıklanan taraf iradesinin diğer taraf eliyle aleyhte değişikliğe uğratılmasını engellemeyi de amaçlar.

Akdin bölünmezliği ilkesi, fıkıh eserlerinde müstakil bir başlık ya da özel bir bölüm altında ya da eserlerin belirli bir konusuna bağlı olarak bir yerde incelenmez. Bunun yerine akitler ele alınırken gerektiği yerde kendisine atıfta bulunulan bir ilke konumundadır. Ayrıca kendisine atıfta bulunulduğu yerlerde de teorik izahlar oldukça sınırlı olup ilke daha çok tikel hukuk meselelerinin çözülmesinde kullanılmış, ilkenin mahiyetinin İslam hukuk literatürüyle çokça iştigal edenlerce biliniyor olduğu varsayılmıştır. Bu durum, akdin bölünmezliği ilkesinin fıkıh eserlerinden hareketle doğrudan ortaya konulmasını zorlaştırmaktadır. İlişkilendirildiği meselelere bakıldığında ise ilkeye dair oldukça zengin bir içeriğin bulunduğu söylenebilir. Zikredilen gerekçelerle akdin bölünmezliği ilkesi, fıkıh alimlerinin bu ilkeyi kendisiyle ilişkilendirdiği tikel hukuk meselelerinden hareketle ve tüme varım yoluyla ortaya konulmaya çalışılmıştır.

Hukuk ekolleri olarak ifade edilebilecek fıkıh mezheplerinin her birisinin teorisi, kavramları, görüşleri ve ilmî geleneği açısından kendi iç bütünlüğünün bulunduğu görülür. Karşılaştırma imkânı vermesi yönüyle farklı fıkıh mezheplerinin birlikte değerlendirilmesinin getirdiği bazı avantajlar olmakla birlikte bir mezhebin kendi iç bütünlüğü gözetilerek esas alınmasının da önemli faydaları söz konusudur. Özellikle bir konu incelenirken görüş ve kavram

<sup>1</sup> Hüseyin Karakaya, *İslam Borçlar Hukukunda Akit Hürriyeti*, İstanbul: Kitap Dünyası Yayınları, 2022, s. 191-376; Recep Özdirek, *İslam Hukukunda Akdin Sınırları*. İstanbul: Yedirenk, 2010, s. 36-37, 44-47, 81-82, 121-123, 181-182, 231-234; Saibe Oktay, "İsimsiz Sözleşmelerin Geçerliliği, Yorumu ve Boşluklarının Tamamlanması", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, S. LV/1-2 (1996), s. 267-268.

kargaşasını azaltması, ilgili konunun mezhebin kendi sistematiği içinde kavranmasını sağlaması, bilinen mezhep görüşleriyle ve mezhebin tarihi gelişimiyle sağlıklı bir irtibatın kurulmasını temin etmesi bu faydalar arasında sayılabilir. Bu bakış açısından hareketle akdin bölünmezliği ilkesi, Hanefî mezhebi esas alınarak incelenecektir.

Akdin bölünmezliği ilkesinin tek bir akitle ilgili olmaması ve fakihler tarafından çok farklı durumlar, şartlar ve izahlarla ilişkilendirilmesi dikkate alındığında burada yapılacak tespitlerin nihâî tespitler olmadığı tahmin edilebilir. Bununla birlikte Hanefî hukukçuların akdin bölünmezliği ilkesiyle ilgili zihinlerindeki yaklaşımı ana hatlarıyla ortaya koymak ve mesele çözerken mahir bir şekilde gerçekleştirdikleri bu ilkeye dair faaliyetlerini temsil kabiliyeti yüksek örneklerle serdetmek mümkündür. Bu araştırmada söz konusu hedefler imkân ölçüsünde gerçekleştirilmeye çalışılacaktır. Hanefî hukuk düşüncesinde akdin bölünmezliği ilkesi ortaya konulurken, mümkün mertebeye fakihlerin seçtiği örnekler kullanılmış, böyle yapılarak kendi ifadeleriyle ilkeyi nasıl işlettiklerinin görülmesi hedeflenmiştir.

Anlaşıldığı kadarıyla akdin bölünmezliği ilkesine dair en kapsamlı çalışma İsam Enver Selim'e ait olup *'Ademü tecziati'l-'akd fi's-şeri'ati'l-İslâmiyye ve'l-kânûn* adını taşımaktadır.<sup>2</sup> Eser doktora tezinin kitaplaştırılmış halinden oluşmaktadır. Temel fıkıh mezheplerini, Mısır ve Fransa mevzu hukukunu esas alarak konuyu inceleyen Selim, giriş kısmının dışında "akdin bölünmezliğinin tahlili" ve "hukûkî tasarrufun bölünmezliğine dair uygulamaların temellendirilmesi" şeklinde iki ana bölüme yer vermektedir. Eser akdin bölünmezliği ilkesini, ivazlı ve çift tarafı bağlayıcı akitlerle sınırlandırmakta, ayrıca sadece icap-kabul uygunluğu üzerinden ilkeyi açıklamaya çalışmaktadır. Araştırmamızda en temel farklar olarak sadece Hanefî mezhebi esas alınmış, akit sınırı gözetilmemiş ve sadece icap-kabul uygunsuzluğu üzerinden ilkenin incelenmesinin en azından Hanefî hukukçuların kullanım ve yaklaşımları dikkate alındığında yeterli olmadığı yaklaşımıyla hareket edilmiştir. Bunlara bağlı olarak da ulaşılan sonuçlardaki farklılığın yanında konunun sunumunda kendine has bir sistemin ortaya çıkması, araştırmamızı özgün kıldığı gibi hâlâ bu meseleye dair incelenmesi gereken noktaların bulunduğunu göstermektedir. Zikredilen eserin dışında akdin bölünmezliği ilkesine birkaç iç başlıkla değinen eserler de vardır. Buna örnek olarak Mahmut Samar'a ait *İslâmî Finans Ürünlerinde Akitlerin Birleştirilmesi* adlı eser zikredilebilir.<sup>3</sup> İşaret edilen eser ve atıflara rağmen konunun araştırmaya açık birçok yönünün bulunduğu görülmektedir. Bu araştırmada söz konusu açık alanların araştırılmasında Hanefî mezhebi özelinde katkıda bulunulmaya çalışılmıştır.

Ahmet Aydın'a ait *Serahsî'nin Mabsût Adlı Eserinin Nikah ve Talak Bölümlerinde "Bölünme" Kavramı ve "Parça-Bütün" İlişkisi* başlığını taşıyan makalenin<sup>4</sup> ilk etapta akdin bölünmezliği ilkesini incelediği düşünülebilir. Oysa akdin bölünmezliği ilkesi aşağıda görüleceği üzere akdin unsurlarının akit esnasında ve sonrasında birleştirilmesi ve ayrılması ile ilgili iken söz konusu makaledeki bölünme kavramı ve parça-bütün ilişkisi daha çok mahiyet itibarıyla

<sup>2</sup> Bk. İsam Enver Selim, *'Ademü tecziati'l-'akd fi's-şeri'ati'l-İslâmiyye ve'l-kânûn*, İskenderiye: Münşetü'l-Maârif, 2007.

<sup>3</sup> Akdin bölünmezliği ilkesine yapılan atıflar için bk. Mahmut Samar, *İslâmî Finans Ürünlerinde Akitlerin Birleştirilmesi*, İstanbul: Hikmetevi Yayınları, 2019, s. 73-74, 126-136.

<sup>4</sup> Ahmet Aydın, "Serahsî'nin Mabsût Adlı Eserinin Nikah ve Talak Bölümlerinde 'Bölünme' Kavramı ve 'Parça-Bütün' İlişkisi", *EKEV Akademi Dergisi - Sosyal Bilimler* -, XX/65 (2016), s. 57-80.

mezhebin bölünebilir ve bölünemez kabul ettiği varlık, yetki veya durumlar ve bunların Hanefîler açısından hükme etkisi ile ilgilidir. Bu çerçevede makalede evlendirme velâyeti, talak, evlat olma, cinsel ilişkinin usul ve fûrû için mahremiyet oluşturması, emilen sütün mahremiyet oluşturması gibi konular bölünebilirlik ve parça-bütün ilişkisi bakımından ele alınmakta ve her birinin hükümleri ortaya konulmaktadır.<sup>5</sup>

Akdin bölünmezliği ilkesini Hanefî hukukçuların yaklaşımlarıyla ortaya koymak üzere “ilkenin mahiyeti” ve “ilkenin hükümleriyle birlikte uygulamadaki yansımaları” şeklindeki iki temel noktadan hareket edilmiştir. Bu çerçevede aşağıda önce ilkenin mahiyeti daha sonra hükümleriyle birlikte uygulamadaki yansımaları incelenecektir.

## I. AKDİN BÖLÜNMEZLİĞİ İLKESİNİN MAHİYETİ

Akdin bölünmezliği ilkesinin Hanefî mezhebi içindeki kullanımını mezhep imamlarına kadar ulaştır. Mezhep imamlarında akdin bölünmezliği ilkesine dair kavramlaştırma yaygın olmasa da<sup>6</sup> onların mahiyet itibarıyla bu ilkeyi işlettikleri aşağıda verilecek örneklerde de görüleceği üzere rahatlıkla söylenebilir. İlkeye dair kavramlaştırmaların hicrî dördüncü yüzyıldan itibaren yoğun bir şekilde ortaya çıktığı görülür. Hanefî fakihler, akdin bölünmezliği ilkesini ifade etmek ya da bu ilkeye atıfta bulunmak üzere genellikle “ittihâdü’s-safka”<sup>7</sup>, “es-safkatü’l-

<sup>5</sup> Aradaki farkın daha iyi görülebilmesi için söz konusu makalede ele alınan bölünebilirlik açısından evlendirme yetkisi üzerinde durulabilir. Buna göre akrabalıktan kaynaklanan evlendirme yetkisinde küçük kıza iki erkek kardeşin veli olmasında olduğu gibi birbirine denk iki veliden herhangi birisinin velâyete konu olan kişiyi evlendirmesi geçerli görülürken mülkiyetten kaynaklanan evlendirme yetkisinde cariyenin iki sahibinden birisinin diğereinden izinsiz onu evlendirmesi sahih görülmemiştir; zira ilkinde evlendirme yetkisinin kaynağı olan akrabalık bölünemezken ikincisinde evlendirme yetkisinin kaynağı olan mülkiyet bölünebilmektedir. Burada bölünebilirliğin hukukî meselelerdeki etkilerinden biri olarak “bölünebilir olan şeylerde hak sahiplerinden birisinin diğereinden izinsiz olarak bütüne yönelik hukukî tasarrufları geçersiz kabul edilirken bölünemez olanlarda geçerli kılınmaktadır (Söz konusu örnek ve ilgili izahlar için bk. Aydın, “Serahsî’nin Mabsût Adlı Eserinin Nikah ve Talak Bölümlerinde ‘Bölünme’ Kavramı ve ‘Parça-Bütün’ İlişkisi”, s. 60-62). Görüldüğü gibi verilen örnekte akdin bölünmezliği ilkesi üzerinde değil sahip olunan bir yetkinin bölünüp bölünemeyeceği ve bunun hükme tesiri üzerinde durulmaktadır.

<sup>6</sup> Hanefî imamların ilkeye dair kavramlaştırma yaptıkları yönünde yorumlanabilecek kullanımlarına örnek olarak bk. eş- Ebû ‘Abdullâh Muḥammed b. el-Ḥâsen Şeybânî, *el-Asl*, nşr. Muḥammed Boynukalın, 12 Cilt. Beyrut: Dâru İbn Ḥazm, Beyrut ts, XI, 73, 281; Ebû ‘Abdullâh Muḥammed b. el-Ḥâsen eş-Şeybânî, *el-Meḥâric fî’l-Ḥiyel*. Kahire: Mektebetü’ş-Şeḫafeti’-d-Dîniyye, 1419/1999, s. 103.

<sup>7</sup> Muḥammed b. Aḥmed b. Ebî Sehl Şemsü’l-’Eimme es-Seraḫsî. *el-Mebsût*. nşr. Ḥalîl Muḫyiddîn el-Meyyis, I-XXX, Beyrût, 1414/1993, XIV, 85, XV, 136, XXI, 5, 164, XXII, 14, 48, 133, XXIV, 112, XXX, 175, 216; ‘Alâ’uddîn Ebûbekir b. Mes’ûd b. Aḥmed el-Ḥânefi, el-Kâsânî, *Bedâ’i’u’s-Şanâ’i’ fî Tertîbi’s-Şerâ’i’*, 7 Cilt. Beyrut: Dâru’l-Kutubi’l-’İlmiyye, 1406/1986, V, 25, 26, 145; Ebu’l-Me’âli Maḫmûd b. Aḥmed b. Abdulaziz b. ‘Omar b. Mâze el-Ḥânefi İbn Mâze, *el-Muḫîṭu’l-Burhânî fî’l-Fikḫi’n-Nu’mânî*, nşr. ‘Abdulkerîm Sâmi el-Cundî. 9 Cilt. Beyrut: Dâru’l-Kutubi’l-’İlmiyye, 1424/2004, VI, 3, VII, 199; ‘Oşmân b. ‘Alî b. Meḫcen el-Bârî’î Faḫruddîn el-Ḥânefi ez-Zeyla’î, *Tebyînu’l-Ḥaḳâik Şerḫu Kenzî’d-Daḳâik ve Ḥâşiyeti’s-Şelebî*, Kâhire: el-Maṭba’atu’l-Kubre’l-’Emîriyye, Bulâk, 1313, V, s. 262; Ebû ‘Abdullâh Muḥammed b. Muḥammed b. Maḫmûd el-Bâbertî, *el-’Înâye fî Şerḫi’l-Hidâye*, 10 Cilt. Beyrut: Dâru’l-Fikr, ts., VI, 256, VII, 93, 123, 160, 221, VIII, 224, 250, 441, IX, 147; Muḥammed b. Ferâmerz b. ‘Alî Mollâ Ḥusrev, *Dureru’l-Ḥukkâm Şerḫu Ğureri’l-’Aḫkâm*, 2 Cilt. Beyrut: Dâru ‘İhyâi’l-Kutubi’l-’Arabiyye, ts., II, 345; Zeynuddîn b. İbrâhîm b. Muḥammed el-Miṣrî İbn Nuceym, *el-Baḫru’r-Râik Şerḫu Kenzî’d-Daḳâik ve Minḫatu’l-Ḥâlîk ve Tekmiletu’t-Tûrî*, 8 Cilt. y.y.: Dâru’l-Kitâbi’l-’İslâmî, ts., V, 289, VI, 175, VIII, 165; ‘Abdurrahmân b. Muḥammed b. Suleymân Dâmâd Efendî ‘Abdurrahmân Şeyḫîzâde, *Mecma’u’l-’Enhur fî Şerḫi Multeḳa’l-’Ebhur*, 2 Cilt. Beyrut: Dâru ‘İhyâi’l-Turâşî’l-’Arabî, ts., II, 122, 486; Alâ’uddîn Muḥammed b. ‘Alî b. Muḥammed el-Ḥâskefi ed-Dîmeşki Alâ’uddîn el-Ḥâskefi, *ed-Durru’l-Muḫtâr Şerḫu Tenvîri’l-Ebşâr ve Câmî’i’l-Biḫâr*, nşr. ‘Abdulmun’im Ḥalîl İbrâhîm, y.y.,

vâhîde”<sup>8</sup>, “tefrîku’s-safka”<sup>9</sup>, “cemî’u’s-safka”<sup>10</sup>, “tefarrukus’s-safka”<sup>11</sup>, “tefrîkatü’s-safka”<sup>12</sup>, “ihtilâfû’s-safka”<sup>13</sup>, iftirâku’s-safka”<sup>14</sup>, “te’addüdü’s-safka”<sup>15</sup>, “ittihadü’l-’akd”<sup>16</sup>, “tefrîku’l-’akd”<sup>17</sup>, “tefarruku’l-’akd”<sup>18</sup> şeklindeki ifadeleri kavramlaştırma düzeyinde kullanmışlardır. Bu ifadelerle bakıldığında genelde biri akdın birliği ve bütünlüğüne diğeri ise bu bütünlüğün bozulduğuna dikkat çeken iki anlam veçhesinin bulunduğu görülür. Dolayısıyla akdın bölünmezliği ilkesi, Hanefî hukukçular tarafından bir yönüyle akdın bütünlüğüne diğeri yönüyle de parçalanması durumunda akitte oluşacak sorunlara dikkat çekilerek ortaya konulmuş ve işletilmiştir.

1423/2002, s. 627; Muḥammed Emîn b. ‘Omer b. ‘Abdil’azîz el-Ḥuseynî ed-Dîmeşķî İbn ‘Âbidîn, *Reddu’l-Muḥtâr ‘alâ’d-Durri’l-Muḥtâr*, 6 cilt. 2. Baskı, Beyrut, 1412/1992, IV, 526, V, 215, VI, 247.

<sup>8</sup> İbn Mâze, *el-Muḥtâr’u’l-Burhânî*, VI, 280, 383; İbn ‘Âbidîn, *Reddu’l-Muḥtâr*, V, 641.

<sup>9</sup> Ebû Bekir Aḥmed b. ‘Alî er-Râzî el-Ceşşâs, *Şerḥu Muḥtaşari’t-Taḥâvî*, nşr. ‘İsmetullah ‘Înâyetullah Muḥammed vd. Beyrut: Dâru’l-Beşâ’ir, 1431/2010, III, 40, 41, 54, 361; Ebû’l-Ḥuseyn Aḥmed b. Ebî Bekr Muḥammed b. Aḥmed el-Ḳudûrî, *et-Tecrîd*, nşr. Muḥammed Aḥmed Serrâc, ‘Alî Cum’a Muḥammed. 12 Cilt. Kâhire, 1427/2006, *Tecrîd*, V, 2443, 2463; es-Seraḥsî, *el-Mebsût*, XIII, 54, 56, 72, 75, 103, 169, XIV, 10, 159, 177, XIX, 47, XXIII, 154, XXV, 190; Ebûbekir Muḥammed b. Aḥmed b. Ebî Aḥmed ‘Alâ’uddîn es-Semerķandî, *Tuḥfetü’l-Fuḳahâ*, Beyrut: Dâru’l-Kutubi’l-‘İlmiyye, 1414/1994, II, 75, 350, III, 58; el-Kâsânî, *Bedâ’i’u’s-Sanâ’i’*, V, 8, 15, 21, 25, 26, 136, 264, VI, 152, 261; Ḥâsen b. Mansûr el-‘Üzcendî el-Ferġânî, *Fetâvâ Kâdîḥân*, y.y., ts., III, 340, 345; Ebu’l-Ḥâsen ‘Alî b. Ebûbekr el-Ferġânî el-Merġînânî, *el-Hidâye fî Şerḥi Bidâyeti’l-Mubtedî*, nşr. Ṭallâl Yûsuf. 4 Cilt. Beyrut: Dâru İḥyâ’i’t-Turâşî’l-‘Arabî, ts., III, 36, 41 IV, 323; İbn Mâze, *el-Muḥtâr’u’l-Burhânî*, VI, 449, 455, 491, 513, 535; Ebu’l-Faḍl ‘Abdullâh b. Maḥmûd el-Ḥanefî el-Mevsîlî, *el-İḥtiyâr li Ta’lîli’l-Muḥtâr*, nşr. ‘Abdullaṭîf Muḥammed ‘Abdurrahmân. 5 Cilt. Beyrut: Dâru’l-Kutubi’l-‘İlmiyye, 1426/2005, II, 4, 19, 50; ez-Zeyla’î, *Tebyînu’l-Ḥakâik*, IV, 26, 29, 30, 41, 138, 310, V, 145, 242; el-Bâbertî, *el-‘Înâye*, VI, 255, 269, 347, 387, VII, 143, 232, VIII, 451, IX, 147, 422, X, 169, 170; Ebûbekir b. ‘Alî b. Muḥammed el-Yemenî el-Ḥanefî el-Ḥaddâdî, *el-Cevheretu’n-Neyyira ‘alâ Muḥtaşari’l-Ḳudûrî*, 2 Cilt. y.y.: el-Maṭba’atu’l-Ḥayriyye, 1322H, I, 184, 196, 223; Ebû Muḥammed Maḥmûd b. Aḥmed Bedruddîn el-‘Aynî, *el-Binâye Şerḥu’l-Hidâye*, 13 cilt. Beyrut: Dâru’l-Kutubi’l-‘İlmiyye, 1420/2000, V, 67, VIII, 10, 95, 127, 401, 479, X, 55, XI, 294, 388; Mollâ Ḥusrev, *Dureru’l-Ḥukkâm*, II, 143, 157; İbn Nuceym, *el-Baḥru’r-Râik*, V, 289, 290, VI, 29, 36, 69, 214, VIII, 287; ‘Abdurrahmân Şeyḥîzâde, *Mecma’u’l-‘Enhur*, II, 35, 40, 50, 118, 483; Alâ’uddîn el-Ḥaşkefî, *ed-Durru’l-Muḥtâr*, I, 396, 398, 406, 520, 622, 627; İbn ‘Âbidîn, *Reddu’l-Muḥtâr*, IV, 526, 543, 601, 604, V, 32, 116, 572, VI, 222, 247, 498; ‘Abdulġanî b. Ṭâlib b. Ḥammâde b. İbrâhîm el-ġanîmî ed-Dîmeşķî el-Meydânî el-Ḥanefî, *el-Lubâb fî Şerḥi’l-Kitâb*, nşr. Muḥammed Muḥyiddîn ‘Abdulḥamîd. 4 Cilt. Beyrut: y.y., ts., IV, 33.

<sup>10</sup> Ḳudûrî, *et-Tecrîd*, V, 2443.

<sup>11</sup> es-Seraḥsî, *el-Mebsût*, XIII, 2, 5, 169, XIV, 160, XV, 62, 108, 110, XIX, 51, XXI, 41, 110, XXII, 53; el-Kâsânî, *Bedâ’i’u’s-Sanâ’i’*, IV, 197, V, 25, 162, 180, 240; el-Ferġânî, *Fetâvâ Kâdîḥân*, II, 69, 73, III, 68; el-Merġînânî, *el-Hidâye*, III, 23, 25, 41, IV, 323; İbn Mâze, *el-Muḥtâr’u’l-Burhânî*, VI, 14, 38, 52, 279, VII, 159, 302; el-Mevsîlî, *el-İḥtiyâr*, II, 6; ez-Zeyla’î, *Tebyînu’l-Ḥakâik*, IV, 6, 8, 11, 20, 110, 138, 318; el-Bâbertî, *el-‘Înâye*, VI, 268, 271, 390, VIII, 433; el-Ḥaddâdî, *el-Cevheretu’n-Neyyira*, I, 186, 223; Bedruddîn el-‘Aynî, *el-Binâye*, VIII, 9, 22, 130, 418, 479, X, 33, 347; Mollâ Ḥusrev, *Dureru’l-Ḥukkâm*, II, 147, 149, 165, 193, 204; İbn Nuceym, *el-Baḥru’r-Râik*, V, 279, 308, 311, 316, VI, 3, 38, 70, 167, 214, VII, 240; ‘Abdurrahmân Şeyḥîzâde, *Mecma’u’l-‘Enhur*, II, 23, 119, 275; Alâ’uddîn el-Ḥaşkefî, *ed-Durru’l-Muḥtâr*, I, 397, 410, 412, 447; İbn ‘Âbidîn, *Reddu’l-Muḥtâr*, IV, 539, 542, 546, V, 49, 207, 264, VI, 13, 80; ‘Abdulġanî el-Meydânî, *el-Lubâb*, II, 4, 7.

<sup>12</sup> İbn Mâze, *el-Muḥtâr’u’l-Burhânî*, VII, 66; el-Bâbertî, *el-‘Înâye*, VII, 160.

<sup>13</sup> es-Seraḥsî, *el-Mebsût*, XXX, 175, 216.

<sup>14</sup> İbn Mâze, *el-Muḥtâr’u’l-Burhânî*, VI, 53.

<sup>15</sup> el-Kâsânî, *Bedâ’i’u’s-Sanâ’i’*, V, 145; İbn ‘Âbidîn, *Reddu’l-Muḥtâr*, IV, 527, V, 271, 313.

<sup>16</sup> es-Seraḥsî, *el-Mebsût*, VII, 222, XII, 69, 217, XVI, 167, XXI, 168, XXVII, 116; İbn Mâze, *el-Muḥtâr’u’l-Burhânî*, IV, 141, VI, 53; ez-Zeyla’î, *Tebyînu’l-Ḥakâik*, IV, 4, 43, V, 49, 172; el-Bâbertî, *el-‘Înâye*, VIII, 439; Bedruddîn el-‘Aynî, *el-Binâye*, XII, 529; İbn Nuceym, *el-Baḥru’r-Râik*, VIII, 71; İbn Nuceym, *el-Baḥru’r-Râik*, VIII, 71; İbn Nuceym, *el-Baḥru’r-Râik*, VIII, 71.

<sup>17</sup> es-Seraḥsî, *el-Mebsût*, XIX, 43; İbn Mâze, *el-Muḥtâr’u’l-Burhânî*, III, 36; ez-Zeyla’î, *Tebyînu’l-Ḥakâik*, s. 145; el-Bâbertî, *el-‘Înâye*, IX, 38; Mollâ Ḥusrev, *Dureru’l-Ḥukkâm*, II, 207; İbn Nuceym, *el-Baḥru’r-Râik*, VI, 221; İbn ‘Âbidîn, *Reddu’l-Muḥtâr*, IV, 603.

<sup>18</sup> es-Seraḥsî, *el-Mebsût*, XII, 69, 81, XIV, 27, XX, 42, XXI, 171; İbn Mâze, *el-Muḥtâr’u’l-Burhânî*, VI, 239.



Hanefî fıkıh literatürüne bakıldığında verilen kavramlarla ilişkili bir şekilde akdin bölünmezliğinin tanımı olarak kabul edilebilecek doğrudan bir açıklamanın olmadığı söylenebilir. Bununla birlikte söz konusu kavramlarla ilişkili olarak getirilen gerekçeler, bu kavramlara bağlanan neticeler ve bu kavramların ilişkilendirildikleri fikhî meselelerdeki etkileri birlikte değerlendirildiğinde akdin bölünmezliği ilkesinin mahiyetine dair Hanefî hukuk anlayışını ortaya koymak mümkündür. Buna göre Hanefî hukuk düşüncesinde akdin bölünmezliği ilkesinin, “akdin gerek türünden (yani akit tipinden) kaynaklanan unsur ve hükümleri, gerekse tarafların iradeleriyle belirledikleri akit içerikleri itibarıyla bir bütün kabul edilmesi ve bu bütünlüğün her bir parçasının dinî ve dünyevî açıdan gerekli olduğu ölçüde korunması” şeklinde anlaşıldığı söylenebilir. İleri sürülen dinî ve dünyevî gerekçelerin de dinî ve vicdanî meşruiyetin gerçekleştirilmesi, ahde/akde vefanın bağlayıcı görülmesi ve merkeze yerleştirilmesi, taraflara ait irade beyanının akdin başlangıcında ve devamında korunması, taraflara ait rızanın sakatlanmasının engellenmesi, hukukî istikrarın gözetilmesi, nizaa yol açacak durumların ortadan kaldırılması, garar ve cehaletin önlenmesi, taraflar arası menfaat dengesinin sağlanması, tarafların zarara uğramasına mani olunması gibi temel maksatlarla belirlendiği anlaşılmaktadır.

Akdin bölünmezliği ilkesi konusunda ilk akla gelen basit akitler olsa da bu ilkenin mürekkep akitler<sup>19</sup> için de geçerli olduğu söylenebilir. Zira mürekkep yapının hepsi bir bütün olarak tek akitmiş gibi düşünülüp bu bütüne dair tarafların iradelerinin korunması ve akdin bölünmesinin engellenmesi şeklinde akdin bölünmezliği ilkesinin işletilmesi mümkün olmaktadır.<sup>20</sup>

Akitler; akitlere dair İslâm’ın getirdiği genel ilkeler altında ve isimli ya da isimsiz olsun akdin türsel sınırları içinde taraflarca akit içeriğinin serbest bir şekilde inşa edilmesi ile bir bütün olarak ortaya çıkmaktadır. Aşağıdaki uygulamalarda da görüleceği üzere bu bütünlüğün tamamıyla aynı derecede ehemmiyet arz etmediği, önem arz eden kısmın akdin bölünmezliği ilkesi çerçevesinde korunma altına alındığı görülür. Burada akdin bölünmezliği ilkesi çerçevesinde korunacak kısmın tespiti önemli bir mesele olarak ortaya çıkar. Hanefî âlimlerin bu ilkeyi işlettikleri örnekler bakıldığında yukarıdaki tarifte de ihsas ettirildiği üzere biri dinin akitlere dair getirdiği genel hükümlerin ve isimli ya da isimsiz her bir akit türüne dair getirdiği özel hükümlerin dikkate alınması, diğeri ise akdin taraflarının iradelerinin dikkate alınması şeklinde iki noktadan hareket edildiği görülür. Dolayısıyla akdin bölünmezliği ilkesinin ilgili olduğu ve bu ilke işletilerek korumaya alınacak alanın bu iki noktadan hareketle ortaya konulmaya çalışıldığı söylenebilir. İlkinde genel dinî hükümlerin ve her bir akit türünün kendisine ait özel hükümlerin bilinmesi gerekirken ikincisinde akdin taraflarının iradelerinin ortaya konulması önemli hale gelir. Akdin bölünmezliği ilkesince korunacak olan taraf iradelerinin tespitinde önce tarafların açıkça söylemiş olmalarına (sarahât yoluyla açıklama), sonra söylediklerinin delâletine (delâlet yoluyla açıklama) bakılır. Örneğin satıcı bir evi belirlediği bir fiyatla sattığını

<sup>19</sup> Mürekkep akit “birden ziyade bağımsız tipik mâlî akdin, bu niteliklerine bir hâle gelmeksizin, tarafların bir akidde bir başka akdi şart koşma veya birleştirme iradeleriyle birbirlerine, birinin varlığı ve muteberliği diğerinin kine bağlı olacak şekilde birleşmesidir.” şeklinde tanımlanmaktadır [bk. Ahmet İnanır, “İslâm Hukuk Düşüncesinde Bileşik (Mürekkep) Mâlî Sözleşmeler”, *International Journal Of Islamic Economics And Finance Studies*, III/1 (Mart 2017), s. 12].

<sup>20</sup> Enver Selim, *‘Ademü teczi’l-‘akd*, s. 549, 563-564.



söylediğinde, mebî ve fiyatı konusuna açık delâlet söz konusu iken mebîin bir kısmının bilinmeyen bir bedelle satışını delâleten onaylamamış olmaktadır; diğer bir ifadeyle satıcının bahsi geçen sarîh açıklamalarından hareketle açıklamasının hilâfına bir yorumu onaylamadığı delâleten anlaşılmış olur. İradenin tespitinde sarahat ve delâletin yeterli olmadığı durumlarda ise artık tefsire geçilmekte ve bu çerçevede tarafların niyetleri, akdin tabiatı, taraflar arası güven ve dürüstlük durumu, muamelelerdeki cari örf, tarafların akde ve mebîe olan ihtiyaçları ve bu ihtiyacın mebîin tümüne yönelik olup olmaması, tarafların söz, tavır ve hareketleri, akdin gerçekleştirildiği ve uygulandığı durumlar gibi birçok nokta dikkate alınarak taraf iradeleri tespit edilmeye çalışılmaktadır.<sup>21</sup>

Yapılan açıklamalardan da anlaşıldığı üzere akdin bölünmezliği ilkesi ile hem Şâri'in iradesi hem de Şâri'in koyduğu ölçüler içinde taraf iradeleri korunmaya çalışılmaktadır. Genel olarak fıkıh ekolleri bu ilkeyi gözetmiş, Hanefî hukukçular da bu ilkeyi kendi hukuk anlayışları içerisinde anlamış ve hukukî meseleler bağlamında uygulamaya koymuşlardır. Hanefî hukukçuların söz konusu ilkeye dair yaklaşımları, kendilerinden teorik olarak aktarılmadığı için uygulamadaki hukukî faaliyetlerinden ve ilgili hükümlerden hareketle ortaya konulmaya çalışılacaktır.

## II. AKDİN BÖLÜNMEZLİĞİ İLKESİNİN UYGULANMASI VE HÜKÜMLERİ

Hanefîler nezdinde akdin bölünmezliği ilkesine dair uygulamalar, biri akdin geçerli olabilmesi için akit sürecinde ayrılabilir ya da ayrılamaz olan unsurlar, diğeri akit sürecinde birleştirilebilir ya da birleştirilemez olan unsurlar olmak üzere iki veçheden hareketle incelenebilir. Böylece akdin bölünmezliği ilkesi, akdin unsurlarını ayırma ve birleştirme açısından ortaya konulmuş olacaktır.

### A. AKDİN UNSURLARINI AYIRMA AÇISINDAN AKDİN BÖLÜNMEZLİĞİ İLKESİ

Akdin bölünmezliği ilkesini ortaya koymak üzere ayrılabilirlik açısından akdin unsurları; icap-kabul, akdin konusu ve akdin tarafları üzerinden incelenebilir.

#### 1. İcap ve Kabulün Ayrılması

Akdin kuruluşunu sağlayan temel unsurlar olarak icap ve kabul ile ilgili genel kural, icap ve kabulün birbirine tam olarak uygun bir şekilde gerçekleşmesidir. Akde dair bu tasavvurun akdin bölünmezliği ilkesiyle ilişkili olduğu açıktır. Dolayısıyla burada tasavvur edilen akdin bölünmezliği ilkesi gereği icaba akde ait fiyat, mal ya da vadede azaltma, arttırma, bölme gibi yollarla değişikliğe gidilerek karşılık verilmesi, yani kabulde bulunulması veya taraflardan birinin birden fazla olması halinde birinin icap ya da kabulüne diğerrinin katılmaması, icap-kabul uygunluğuna ve dolayısıyla akdin oluşmasına engel olarak görülmüştür.<sup>22</sup> Zikredilen uygunsuzluklara bakıldığında akdin bölünmezliği ilkesi ile çelişen icap-kabul uygunsuzluğunun biri

<sup>21</sup> Taraf iradelerinin tespiti konusundaki açıklamalar için bk. Enver Selim, *'Ademü tecziati'l-'akd*, s. 552-558.

<sup>22</sup> el-Kâsânî, *Bedâ'î u's-Şanâ'î*, V, 136; Enver Selim, *'Ademü tecziati'l-'akd*, s. 66-67; TDV İslâm Ansiklopedisi (DİA), Osman Şahin, İstanbul: TDV İslâm Araştırmaları Merkezi, 2008, "Safka" maddesi (XXXV, 480); Mecelle, md. 177-179.

akdin konusu ve bedeli diğeri akdin tarafları açısından olmak üzere iki noktada ortaya çıktığı görülür.

1. Akdin konusu ve bedeli açısından icap-kabul uygunsuzluğu: Akdin bölünmezliği ilkesi ile çelişen akdin konusu ile ilgili icap-kabul uygunsuzluğu, bir tarafın icabına karşılık olarak diğerk taraf cihetinden sadece icabın bir kısmının, icabın bir kısmının yanında icabın dışında başka şeylerin veya icaptan tamamen farklı şeylerin kabul edilmesi şeklinde gerçekleşebilir. Nitekim Hanefî hukukçulara göre satım akdinde, bir taraf iki köle için icapta karşı taraf aralarından seçtiği bir köle için kabulde bulunsa, bir taraf kölenin tamamı için icapta karşı taraf yarısı için kabulde bulunsa, bir taraf köle için icapta karşı taraf cariye için kabulde bulunsa, bir taraf 1000 dirheme icapta karşı taraf 500 dirheme kabulde bulunsa, bir taraf dirhem ile icapta karşı taraf dinar ile kabulde bulunsa akit kurulmuş olmaz.<sup>23</sup> Hanefî hukukçular tarafından akdin bölünmezliği ilkesiyle çeliştiği ifade edilmek üzere zikredilen durumlar, akdin bölünmesi (tefrîku's-safka) neticesine götüren uygulamalar olarak değerlendirilmiştir.<sup>24</sup>

Kabulün icaba aykırı olması durumunda akit kurulmamış olacağı için eksik kabule karşı satıcının aynı mecliste yeni bir icapta bulunması gündeme gelir ve akdin bölünmezliği ilkesi çerçevesinde şu durumlar söz konusu olur:

İlk icapta mebiin her bir cüzüne tekabül eden bedelin belirli olması: Burada mebiin misli ve kıyemî olması şeklinde iki durum söz konusudur. Birinci duruma göre eğer mebi misli mallardan ise satıcının icabına karşı müşteri tarafından kısmî kabul gerçekleşip satıcı buna tekrar icapta bulunursa yani onaylarsa bu caiz olur; zira mebiin cüzleri birbirine denk olduğu için kabulde seçilen cüzün bedeli, mebiin bedelinin cüzlerine bölünmesiyle rahatlıkla bulunabilir. Örneğin A iki ölçek buğdayı 20 dirheme sattığını ve B bir ölçeğini satın aldığını söylese, A da bunu yeni bir icapla onaylasa; misli mal olarak buğdayın iki ölçeği 20 dirhem ise bir ölçeğinin 10 dirhem olması şeklinde bir ölçeğin bedeli belirlenebileceği için A'nın onayıyla akit kurulmuş olur.<sup>25</sup> Burada ilk icap ve eksik kabulde akdin bölünmezliği ilkesi ihlal edildiği için ittifakla akdin kuruluşu onaylanmamış, ancak eksik kabul karşısında satıcının onayı ile akdin bölünmezliği ilkesini sağlayan yeni bir durum ortaya çıkınca akit geçerli kabul edilmiştir.<sup>26</sup>

İkinci duruma göre akdin konusu misli değil kıyemî olup satıcının mebiin cüzlerine ait bedeli ayrı ayrı belirleyerek icapta bulunması halinde karşı taraf icapta belirtilen fiyatıyla

<sup>23</sup> el-Kâsânî, *Bedâ'î u's-Şanâ'î*, V, 136-137; el-Haddâdî, *el-Cevheretu'n-Neyyira*, I, 184; Ebu'l-Velid Ahmed b. Muhammed b. Muhammed es-Şekâfî el-Halebî İbnü's-Şihne, *Lisânu'l-Hukkâm fi Ma'rifeti'l-Ahkâm*, Kahire: el-Bâbi'l-Halebî, 1393/1973, s. 351; Mollâ Husrev, *Dureru'l-Hukkâm*, II, 143; İbn Nuceym, *el-Baħru'r-Râik*, V, 289; TDV İslâm Ansiklopedisi (DİA), "Safka" maddesi (XXXV, 480); Mecelle, md. 177-179. Mecelle'de konu şu şekilde anlatılmaktadır: "Akideynden biri, her ne ile neyi icab ederse, diğeri dahi bi-aynihâ anıyla anı kabul etmek lâzımdır. Yoksa semeni yahut müsemmeni, teb'iz ve tefrik etmeye salâhiyeti yoktur. Meselâ, bâyi' müşteriye "şu kumaşı sana yüz kuruşa sattım" dedikde, müşteri ol vechile kabul ederse, tamam o kumaşı yüz kuruşa alır. Yoksa ol kumaşı yahut nisfimi elli kuruşa kabullenemez. Ve kezâ, "şu iki hayvanı üç bin kuruşa sattım" dedikde, müşteri kabul ederse, ikisini üç bin kuruşa alır. Amma ikisinden birini, bin beş yüz kuruşa alamaz (bk. Mecelle, md.177).

<sup>24</sup> el-Kâsânî, *Bedâ'î u's-Şanâ'î*, V, 136-137; el-Haddâdî, *el-Cevheretu'n-Neyyira*, I, 184; İbnü's-Şihne, *Lisânu'l-Hukkâm*, s. 351; Mollâ Husrev, *Dureru'l-Hukkâm*, II, 143; İbn Nuceym, *el-Baħru'r-Râik*, V, 289.

<sup>25</sup> el-Kâsânî, *Bedâ'î u's-Şanâ'î*, V, 136; İbn Nuceym, *el-Baħru'r-Râik*, V, 289.

<sup>26</sup> Bk. el-Kâsânî, *Bedâ'î u's-Şanâ'î*, V, 136-137; Enver Selim, *Ademü tecziati'l-akd*, s. 76.

cüzlerden birini aldığı söylese, İmameyn'e göre satıcının yeni bir onayına gerek kalmaksızın akit geçerli olur.<sup>27</sup> Bu yaklaşımı gerekçelendiren Kâsânî'ye (ö. 587/1191) göre burada akdin bölünmesi söz konusu olmayıp bizatihi satıcı tarafından mebiin cüzleri fiyatlarıyla belirlenmiştir. Bu da satıcının cüzlerin ayrı ayrı satışından zarar görmediğini ya da zarara razı olduğunu, dolayısıyla satışa rızasının bulunduğunu göstermektedir.<sup>28</sup> Ebû Hanîfe'ye (ö. 150/767) göre ise zikredilen meselede ayrıca müşterinin eksik kabulüne karşı satıcının yeni bir icabı gereklidir. Zira müşterinin eksik kabulde bulunarak akdi parçalaması, icabın yenilenmesini gerekli kılmaktadır.<sup>29</sup> Örneğin A “şu köleyi 1000, diğerini 500 dirheme sattım” dese, B fiyatları ayrı ayrı belirtilen iki köleden birisini seçip icapta belirtilen fiyatı ile satın aldığı söylese İmameyn'e göre akit geçerli olur; Ebû Hanîfe'ye göre ise ayrıca satıcının onayı gerekir.<sup>30</sup> Burada İmameyn nezdinde her bir cüzün bedelini ayrı ayrı belirtmesi satıcının her bir cüz için akdin kurulmasına razı olduğu şeklinde anlaşılmış ve akdin bölünmezliği ilkesine aykırı görülmemiştir. Ebû Hanîfe ise birlikte satmanın getirdiği faydalar dolayısıyla ilk icaptaki irade beyanının bütün olarak korunmasını amaçlayarak mebiin bir cüzüne dair akit yapmanın akdin bölünmezliği ilkesiyle çeliştiğini düşünmüş ve ayrıca satıcının onayını şart koşturmuştur.

Mecelle kıyemî olan mebiin cüzlerine ait bedeli ayrı ayrı belirleyerek icapta bulunan satıcının toptan satış yapması (satıcının şu iki hayvanı biri bin, diğeri iki bin olmak üzere üç bin kuruşa sattım demesi gibi) ile ayrı ayrı satış yapmasını (satıcının “şunu bin kuruşa sattım” “bunu iki bin kuruşa sattım” demesi gibi) birbirinden ayırmıştır. Bu çerçevede müşterinin mebiin bir cüzünü satın almasını ilk durumda akdin bütünlüğünün bozulduğu yani akdin bölünmezliği ilkesiyle çeliştiği gerekçesiyle geçersiz, ikinci durumda ise akdin bütünlüğünün yani akdin bölünmezliği ilkesinin korunduğu gerekçesiyle geçerli saymıştır.<sup>31</sup>

İlk icapta mebiin her bir cüzüne tekabül eden bedelin belirli olmaması: Eğer mebi kıyemî olup icapta bulunan taraf mebiin her bir cüzü için ayrı ayrı fiyat belirtmek yerine tek fiyat vermişse satıcı yeni bir icapla onaylasa dahi karşı tarafın mebiin cüzüne dair bir fiyat belirtmeden kabulde bulunması ile akit kurulmuş olmaz. Zira bu durumda kıyemî mallarda denklik olmadığından bedel ile ilgili cehalet söz konusu olacaktır. Ancak müşteri mebiin cüzüne dair bir fiyat söyler ve satıcı yeni bir icapla onaylarsa akit geçerli olur. Örneğin A şu iki köleyi 1000 dirheme sattığını, B de bunlar arasından seçtiği birisini satın aldığı söylese kıyemî mallarda denklik olmadığından seçilen kölenin fiyatı konusunda cehâlet olacağı için akit kurulmuş olmazken, 500 dirheme aldığı söylese ve satıcı yeni bir icapla onaylasa akit geçerli olur.<sup>32</sup> Burada ilk icap ve bedel belirtmeden yapılan eksik kabulde akdin bölünmezliği ilkesi ihlal edildiği

<sup>27</sup> el-Kâsânî, *Bedâ'î u's-Sânâ'î*, V, 136-137; el-Ferğânî, *Fetâvâ Kâdîhân*, II, 64; el-Haddâdî, *el-Cevheretu'n-Neyyira*, I, 184; İbn Nuceym, *el-Baḥru'r-Râîk*, V, 289; Enver Selim, *'Ademü teczi'ti'l-'akd*, s. 76.

<sup>28</sup> el-Kâsânî, *Bedâ'î u's-Sânâ'î*, V, 136-137.

<sup>29</sup> el-Ceşşâs, *Şerḥu Muḥtaşari't-Taḥâvî*, III, 40-4; el-Ferğânî, *Fetâvâ Kâdîhân*, II, 64; İbn Nuceym, *el-Baḥru'r-Râîk*, V, 289; Enver Selim, *'Ademü teczi'ti'l-'akd*, s. 76-77.

<sup>30</sup> el-Ceşşâs, *Şerḥu Muḥtaşari't-Taḥâvî*, III, 40-41; el-Kâsânî, *Bedâ'î u's-Sânâ'î*, V, 136-137; Enver Selim, *'Ademü teczi'ti'l-'akd*, s. 76-77.

<sup>31</sup> Mecelle, md. 179-180; ayrıca bk. el-Ferğânî, *Fetâvâ Kâdîhân*, II, 64; İbn Nuceym, *el-Baḥru'r-Râîk*, V, 289.

<sup>32</sup> el-Kâsânî, *Bedâ'î u's-Sânâ'î*, V, 136-137; es-Seraḥsî, *el-Mebsût*, XII, 69; İbn Nuceym, *el-Baḥru'r-Râîk*, V, 289.

için akit onaylanmamış, bedel açıklanarak yapılan eksik kabule karşı yeni icap ile akdin bölünmezliği ilkesi gereği (akit bölünmediği için) akit onaylanmıştır.

Mecelle’de akdin bölünmezliği ilkesinin gözetildiği akdin konusunda icap-kabul uygunluğu meselesinde kabulün icaba zımnen uygunluğu yeterli görülmüştür. Buna göre satıcı “şu malı sana 1000 kuruşa sattım” dese, müşteri “1500 kuruşa aldım” dese, akit 1000 kuruş üzerinden, aynı mecliste satıcı fazla kısmı kabul ederse akit 1500 kuruş üzerinden kurulmuş olur. Aynı şekilde müşteri “şu malı 1000 kuruşa aldım” dese, satıcı “800 kuruşa verdim” dese, akit 800 kuruş üzerinden in’ikâd eder.<sup>33</sup> Zikredilen durumlarda icap sahibinin rızasının bulunduğu anlaşıldığından akdin bölünmezliği ilkesi ile bir çelişki görülmemiştir.

2. Akdin tarafları açısından icap-kabul uygunsuzluğu: Akdin bölünmezliği ilkesi ile çelişen akdin tarafları ile ilgili icap-kabul uygunsuzluğunda icapta bulunanın, kabulde bulunanın ya da her iki tarafın birden çok olması ve çok kişiden oluşan tarafta yer alan kişilerden biri akdi onaylarken diğerinin onaylamaması söz konusudur. Buna göre bir satıcı iki alıcıya bir köleyi sattığını söylese ve alıcılardan biri kabul edip diğeri etmese akdin bölünmezliği ilkesi gereği akit ittifakla kurulmuş olmaz.<sup>34</sup> Aynı şekilde bir müşteri ortak iki satıcıdan bir köleyi satın aldığını söylese ve satıcılardan biri kabul edip diğeri etmese mebî ve bedel bir ise akdin bölünmezliği ilkesi gereği akdin kurulmuş olmayacağı konusunda Hanefî imamlar arasında ittifak vardır.<sup>35</sup> Ancak iki satıcının her birisi kendi payını ve bedelini ayrı ayrı söylese İmâmeyn’e göre mebîdeki pay ve bedel ayrı ayrı belirlendiğinden dolayı akdin bölünmezliği ilkesi ile bir çelişki görülmediği için akit kurulurken Ebû Hanîfe’ye göre bir akit içinde yer almış olmasından dolayı tarafların ayrılması yani satıcılardan biri kendi payını sattığı halde diğer satıcının satmaması akdin bölünmezliği ilkesiyle çeliştiği için akit kurulmuş olmaz. Hem icap hem de kabulde bulunanlar birden fazla ise şu durumlar söz konusu olur: İcap ve kabulde bulunanlar mebî ve semeni ayrı ayrı belirleyip “aldım” ve “sattım” lafızlarını ayrı ayrı zikrederlerse ittifakla ayrı ayrı akitler kurulmuş olur. İcap ve kabulde bulunanlar birden fazla olup aynı zamanda bedel, mebî veya hem bedel hem mebî bir olursa bir akit söz konusu olur ve akdin bölünmezliği ilkesi gereği akdin taraflarında farklı irade beyanları olamaz; olursa akdin kuruluşu gerçekleşmez. Örneğin bir atı belirli bir bedele iki kişi iki kişiye satsa, müşterilerden birinin kabul edip diğerinin kabul etmemesi durumunda akit kurulmamış olur; zira akdin bölünmezliği ilkesi ile çelişme söz konusudur.<sup>36</sup>

Akdin konusu, bedeli ve tarafları açısından icap-kabul uygunsuzluğu çerçevesinde yukarıda ortaya konulan durumların akdin sahih bir şekilde kuruluşuna engel olmalarında en temel nedenin tarafların rızasının sakatlanması olduğu görülür. Rızanın sağlanması adına akdin tabii olarak ortaya çıkışında ilk irade beyanını temsil eden icaptaki iradenin kabulde de korunması ve onaylanması buradaki uygunsuzlukların tespitinde ve ilgili hükümlerin bağlanmasında merkezi bir konuma yerleştirilmiştir. İlk icaba aykırı bir kabulün ortaya çıkması durumunda ise mümkünse icapta bulunanın yeniden onaylaması sağlanmaya çalışılmıştır. Böylece akdin

<sup>33</sup> Mecelle, md. 178.

<sup>34</sup> el-Kâsânî, *Bedâ’i’ u’s-Şanâ’i’*, V, 137; el-Ferğânî, *Fetâvâ Kıddîhân*, s. 64; Enver Selim, *‘Ademü teczi’l-‘akd*, s. 81.

<sup>35</sup> el-Kâsânî, *Bedâ’i’ u’s-Şanâ’i’*, V, 137; Enver Selim, *‘Ademü teczi’l-‘akd*, s. 81-82.

<sup>36</sup> Enver Selim, *‘Ademü teczi’l-‘akd*, s. 82-83.

bölünmezliği ilkesi icap ve kabulde ortaya konan iradelerin birleşmesini ve aykırı durumların engellenmesini sağlamak üzere işletilmiştir.

Burada akdin bölünmezliği ilkesi işletilirken temelde rızanın korunmasında birleşen birçok alt hedefin gözetildiği görülür. Yukarıdaki izahlardan da anlaşılacağı üzere bunlar arasında bilinmezlik ve belirsizliğin önlenmesi, karşılıklı edimler dengesinin kurulması, karışıklık ve niza sebebiyet verecek durumlardan kaçınılması, akdin içeriğini belirleme serbestisi tanınan iradelerin saygınlığının korunması, tarafların ya da ticarî örfün sağladığı faydaların temininin sağlanması, tarafların zarara uğramasına sebebiyet verilmemesi gibi gayelerin bulunduğu söylenebilir. Nitekim zikredilen icap-kabul arası uyumsuzlukları akdin bölünmesi olarak değerlendiren Kâsânî, akdin bölünmesinin niçin akdin kuruluşuna engel olduğuna dair bazı açıklamalarda bulunur. O bu çerçevede ticaret erbabının kötü mal ile iyisinin birlikte satılması, satışın malda parçalanma ve ortaklığa yol açmaması, bazen satıcı ya da alıcı olarak muhatapların ikisinin birlikte akde katılmasının önemsenmesi gibi faydaları hedeflediklerini söylemektedir. İcaba aykırı bir kabul söz konusu olduğunda ise icap sahibinin zarara uğratılacağını, zarar vermenin dinde yasaklandığını, ayrıca zarara bağlı olarak da rızanın bozulacağını dile getirmektedir.<sup>37</sup> Kâsânî'nin bu açıklamaları, icap-kabul uygunsuzluğu bağlamında akdin bölünmezliği ilkesine dair Hanefî hukukçuların endişelerini göstermesi açısından dikkate değerdir.

İcap-kabul uygunsuzluğu bağlamında akdin bölünmezliği ilkesinin işletilme gerekçeleri birlikte değerlendirildiğinde bir kısmının taraf iradesinin ve rızasının korunmasını hedeflediği görülür. Ancak zikredilen hedef dahil bilinmezlik ve belirsizliğin önlenmesi, karşılıklı edimler dengesinin korunması, zarar vermenin önüne geçilmesi, karışıklık ve niza sebebiyet verecek durumların önlenmesi gibi diğer hedeflerin gözetilmesinde ilâhî iradenin genel ve akitlere özel olarak belirlediği ölçülerin korunma endişesinin varlığı açıkça hissedilmektedir.

## 2. Akdin Konusunun Ayrılması

Hanefî hukukçular, akdin konusunda akdin bölünmezliği ilkesini işletirken akit türlerine ya da akdin bittiği durumlara göre değişebilen bazı temel ölçüler kullanmışlar, bu ölçülere göre akdin mevzuunun bölünüp bölünemeyeceğini karara bağlamaya çalışmışlardır. Hanefî hukukçuların akdin bölünmezliği ilkesi çerçevesinde akdin konusunun bölünmesindeki yaklaşımlarının görülebilmesi için temsil kabiliyeti olan ve öne çıkan bazı ölçülere yer verilmesi yerinde olacaktır. Hanefî hukukçular nezdinde öne çıkan ölçüler arasında akdin tamam olup olmaması, teslimden önce ya da sonra olması, akdin konusunun mislî ya da kıyemî mal olması, akdin konusunun zarar görmeden bölünebilir olup olmaması, akdin konusunda meydana gelen istenmeyen değişikliğin mahiyeti ve kaynağı, bölünme ile akdin konusunda ortaklık şeklinde bir kusurun oluşup oluşmaması, akdin konusuna dair gözetilen hedefin ortaya çıkıp çıkmaması zikredilebilir. Bu ölçüler, bazen yalnız başına bazen birlikte işletilmiştir. Bu ölçülerin konunun daha iyi anlaşılması için birbiriyle olan bağları dikkate alınıp duruma göre birleştirilerek ya da müstakil olarak ele alınması uygun olacaktır. Bu çerçevede zikredilen ölçüler akdin

<sup>37</sup> el-Kâsânî, *Bedâ'i' u's-Sanâ'i'*, V, 136-137.

bölünmezliği ilkesi bağlamında şu şekillerde kullanılmakta ve akdin konusunun bölünüp bölünmeyeceğine karar verilmektedir:

1. Akdin (safka) tamam olup olmaması ve akit konusunun teslimi: Bir akitte icap ortaya çıkıp akitlerin türüne bağlı olarak kabul ve diğer şartların tezahürüyle akdin her iki taraf için de bağlayıcı hale gelmesi durumu akdin tamam olması olarak değerlendirilmiştir. Akit tamam olmadan önce akdin konusunun bölünmesi icabı yapan taraf aleyhine ve onun ortaya koyduğu icap bütünlüğünü bozan bir faaliyet olarak düşünülmüş, ona zarar verme anlamı taşıdığı üzerinde durulmuştur. İslam'da başkasına zarar vermenin yasaklandığına ve mümkün olduğu ölçüde zararın defedilmesi gerektiğine dikkat çeken Hanefî hukukçular, bu çerçevede akit tamam olmadan akdin konusunun bölünemeyeceğini, bunun ancak zarara uğrayan taraf olarak icabı yapan kişinin rızasıyla olabileceğini söylerler. Onlara göre zarara uğrayan tarafın onaylaması onun zarara razı olduğu anlamına gelir ve böyle bir zarardan kaçınma zorunluluğu ortadan kalkar.<sup>38</sup>

Örneğin müşteri teslim almadan önce mebûin bir kısmında kusur bulsa, mebûin tamamını konuşulan bedelin tamamını ödeyerek almak veya mebûin tamamını geri vermek arasında muhayyer olup satıcının razı olması durumu hariç bir tür ya da birçok tür maldan oluşuyor olsa da mebûin sadece kusurlu olan kısmını hissesine düşen bedeli keserek geri verip kalanı alma yani bu şekilde akdi bölme hakkına sahip değildir. Hatta bir kısmını teslim almış olsa da kusur teslim alınan ya da alınmayan kısımda çıksa da akdin bölünmezliği ilkesi lehine hüküm yine böyledir (Ebû Yûsuf -ö. 182/798- kusurun teslim alınan kısımda çıkması durumunda bedelin kesilerek kısmî iadeye cevaz vermektedir). Çünkü akit henüz tamam olmamıştır; akdin tamam olması için teslimin gerçekleşmiş olması gerekir.<sup>39</sup> Hanefî hukukçular nezdinde teslimden önce akdin tamamlanmamış olmasının delili, teslimden önce var olan şeyin akit ve mülkiyete dair henüz güçlendirilmemiş bir temelin bulunmasından ibaret olmasıdır. Nitekim akdin konusunun helak olması durumunda akdin infisah edecek olması (teslimden sonra bu ihtimal ortadan kalkmaktadır) teslimden önce akdin henüz güçlendirilmemiş olduğunu, teslimin güçlendirmeyi sağladığını göstermektedir. Aynı şekilde mebî üzerindeki tasarruf mülkiyeti de ancak teslim ile söz konusu olabilmektedir. Teslimden önce tasarruf mülkiyetinin olmayışı, teslim öncesinde mülkiyetin eksik olduğunu, mülkiyetin eksik olması da akdin eksik olduğunu göstermektedir. Ayrıca mebî satıcının yanında iken müşterinin mebîde bir kusur bulduğunda hâkim kararı ya da satıcının rızasına ihtiyaç duymadan mebî iade etmesi ile akdin kendiliğinden infisah edecek olması da akdin teslimden önce tamam olmadığının bir başka delili olarak zikredilmektedir.<sup>40</sup> Oysa müşteri malın tamamını teslim aldıktan sonra mebîde bir kusur bulsa; mebî gerçekte ve takdiren (bir elbise gibi) veya sadece takdiren (yani biri olmadan diğerinden istifade etmek zor olan mallarda olduğu gibi; bir çift ayakkabıdaki gibi) tek bir şeyden oluşuyorsa hüküm teslimden önceki gibidir, yani akdin bölünmezliği ilkesi işletilir; buna karşılık mebî gerçekte ve takdiren farklı şeylerden oluşuyorsa (elbise ve saat gibi) satıcının rızası

<sup>38</sup> Bk. es-Seraḥsî, *el-Mebûsût*, XIII, 54-55, 75; el-Kâsânî, *Bedâ'î u's-Şanâ'î*, V, 286.

<sup>39</sup> es-Seraḥsî, *el-Mebûsût*, XIII, 75; el-Ceşşâs, *Şerḥu Muhtaşari't-Ṭahâvî*, III, 40-41; el-Kâsânî, *Bedâ'î u's-Şanâ'î*, V, 287-288.

<sup>40</sup> es-Seraḥsî, *el-Mebûsût*, XIII, 75; el-Kâsânî, *Bedâ'î u's-Şanâ'î*, V, 287.



olmadan müşteri mebiin tamamını iade edemez. Bunun yerine Ebû Hanife, Ebû Yûsuf ve İmam Muhammed (ö. 189/805) nezdinde akdin bölünmezliği ilkesi gözetilmeden müşterinin bedeldeki hissesini keserek sadece kusurlu malı iade etme hakkı vardır. İmam Züfer'e (ö. 158/775) göre ise müşteri sadece mebiin tamamını geri verme ya da tamamını elinde tutma hakkına sahiptir.<sup>41</sup>

Verilen örnekte görüldüğü gibi akit teslim ile tamam olmadıysa akdin bölünmezliği ilkesi gereği akdin konusu kusurlu olan ve olmayan şeklinde bölünememekte, ya tümüyle kabul etme veya tümüyle reddetmeye konu olabilmektedir. Akdin tamam olmadan akdin konusunun bölünmemesinin icap sahibinin aleyhine ve ona zarar veren bir faaliyet olarak anlaşıldığına ve bunun akdin bölünmezliği ilkesinin işletilmesine gerekçe kılındığına yukarıda değinilmişti. Verilen örnekte akdin tamam olmasından önce akdin bölünmesi durumunda icap sahibi her halükârda zarara uğramaktadır. Bu zararın mahiyeti ise mebiin durumuna göre değişebilmektedir. Nitekim eğer akdin konusu gerçekte ve takdiren tek bir şeyden oluşuyorsa, onun bölünmesi bir kısmının icap sahibinde bir kısmının kabul tarafında kalması şeklinde bir ortaklık ortaya çıkaracaktır. Böyle bir ortaklık ise eşyanın kullanılması veya başka herhangi bir akde konu edilmesi açısından mebîde ek bir kusur oluşturarak icap sahibine zarar verecektir. Eğer akdin konusu gerçekte ve takdiren farklı şeylerden oluşuyorsa akdin iyi ve sağlam olan üzerinde bağlayıcı kılınıp kötü ve kusurlu olan üzerinde sona erdirilmesi şeklinde bir ayırım ortaya çıkacaktır. Bu ayırım ise icap sahibini ticaret ehlinin kötü olanı iyisi ile birleştirip zarara düşmeden satışı gerçekleştirme adetinin sağladığı fırsattan mahrum olma şeklinde bir zarara götürecektir.<sup>42</sup> İşte verilen örnekte akdin bölünmezliği ilkesi gereği akdin tamamlanmasından önce akdin konusunun bölünmesine imkân verilmeyerek icap sahibine zikredilen zararların verilmesinin önüne geçilmiş olmaktadır. Teslimden sonra ise akit tamamlanmış olup mebî gerçekte ve takdiren farklı şeylerden oluşuyorsa İmam Züfer dışındaki üç imam açısından akdin bölünmezliği ilkesinin işletilmesine gerek kalmamakta ve akdin bölünmesine müsaade edilmektedir. Bütün bunlar Hanefî imamların akdin bölünmezliği ilkesinin işletilmesinde teslim ile akdin tamamlanmasını ölçü olarak kullandıklarını göstermektedir.

Hanefî hukukçular, akdin tamamlanmasında teslimin ölçü kabul edilmesi genel kural olmakla birlikte bazı durumlarda akdin tamamlanmasının teslim ile de gerçekleşmediği, dolayısıyla akdin konusu bağlamında akdin bölünmezliği ilkesinin bu durumlarda teslimden sonra da işletilmesi gerektiği kanaatindedir. Nitekim onlara göre görme ve şart muhayyerliği varsa akit teslim ile tamam olmamakta, akdin konusu teslim edilmiş olsa bile bu muhayyerliklerin sona ermesine kadar akit süreci devam etmektedir. Müşterinin şart ve görme muhayyerliği varsa; mebiin tamamını ya da bir kısmını teslim almış olsa ya da hiçbir şey teslim almamış olsa, mebî bir şeyden ya da birbirinden farklı birçok şeyden oluşuyor olsa da mebiin bir kısmını tutup bir kısmını geri verme yani akdi bölme yetkisine sahip değildir. Çünkü şart ve görme muhayyerliğinin varlığı, akdin tamam olmasına engeldir.<sup>43</sup> Burada şart ve görme

<sup>41</sup> es-Serahsî, *el-Mebisûl*, XIII, 102-103; el-Kâsânî, *Bedâ'î u's-Şanâ'î*, V, 287-288.

<sup>42</sup> es-Serahsî, *el-Mebisûl*, XIII, 102-103; el-Kâsânî, *Bedâ'î u's-Şanâ'î*, V, 287.

<sup>43</sup> el-Ceşşâs, *Şerh u Muhtasari't-Tâhâvî*, III, 41; es-Serahsî, *el-Mebisûl*, XIII, 56; Kudûrî, *et-Tecrid*, V, 2442-2443; el-Kâsânî, *Bedâ'î u's-Şanâ'î*, V, 288.



muhayyerliğinin neden akdin tamam olmasına engel olarak görüldüğü sorusu akla gelmektedir. Hanefî hukukçulara göre bu muhayyerliklere sahip kişilerin teslimden önce ya da sonra hâkimin kararına veya karşı tarafın rızasına ihtiyaç duymadan mebbî geri verebiliyor olmaları, söz konusu muhayyerliklerin akdin tamam olmasına engel olduğunu göstermektedir. Zira eğer bu mahayyerlikler bulunduğu halde akit tamam olsaydı hâkimin kararı veya karşı tarafın rızası olmadan mebbîin geri verilmesi mümkün olmayacaktı. Oysa akit tamam olmadığı için bu mümkün olabilmektedir. Söz konusu muhayyerlikler varken akit tamam olmadığına göre, bu durumda mebbî üzerinden akdin bölünmesi de mümkün olmayacaktır.<sup>44</sup>

Örneğin müşteri satın aldığı elbiselerin bir kısmını görse, görmediği kısım ile ilgili görme muhayyerliği devam eder. Zira elbiseler birbirinden farklı olduğu için bir kısmını görmek diğerleri hakkında görme muhayyerliğini düşürmez. Eğer müşteri sadece görmediği kısmı iade etmek isterse bunu yapamaz; ya tamamını iade eder ya da tamamını elinde tutar. Çünkü görme muhayyerliği, görme yoluyla rıza tam olarak bulunmadığı için akdin tamam olmasına mâni olur; akit tamam olmadığı için teslimden önce de sonra da olsa akdin bölünmezliği ilkesi gereği mebbîin bir kısmını elinde tutup bir kısmını geri verme şeklinde akdin konusu bölünmez. Görme muhayyerliğinde rıza görme yoluyla tam olarak ortaya çıkmadığı için bu muhayyerlik teslimden önce ya da sonra da olsa akdin konusunun bölünmesine mâni olmaktadır.<sup>45</sup> Benzer şekilde bir kişi üç günlük şart muhayyerliği ile iki köle satın alsın, onları teslim almış olsun ya da olmasın birini alıp diğerini iade edemez; çünkü şart muhayyerliği de görme muhayyerliği gibi mebbîin ikisi de teslim alınmış olsa dahi akdin tamamlanmasına engeldir. Akit tamam olmadığı için teslimden önce de sonra da olsa akdin bölünmezliği ilkesi gereği akdin konusu bölünmez. Şart muhayyerliği çerçevesinde rıza araştırma, sorma ve düşünme gibi süreçler izlenmiş bir karara dayalı bir şekilde tam olarak ortaya çıkmadığı için teslimden önce ya da sonra da olsa bu muhayyerlik akdin konusunun bölünmesine mâni olmaktadır.<sup>46</sup>

Hanefî hukukçular tarafından görme ve şart muhayyerliğinde akdin tamam olmasının teslimde değil söz konusu muhayyerliklerin sona ermesine bağlanmasında ve akdin bölünmezliği ilkesi gereği akdin konusunun bölünmesine zikredildiği şekilde akit tamamlanmadan cevaz verilmemesinde muhayyerlik sahibi olmayan tarafın iradesinin korunması ve zarara uğratılmaması hedeflenmiştir. Nitekim Serahsî (ö. 483/1090 [?]), şart muhayyerliği özelinde söz konusu uygulamayı icap-kabul uygunsuzluklarına benzeterek karşı tarafın iradesinin korunması gerektiğine işaret etmektedir. Ayrıca o, ticaret ehlinin iyi olan malı kötüsü ile bir araya getirip iyinin fiyatı ile kötüye de rağbeti sağlamak şeklindeki âdetine dikkat çekerek akdin konusu bölündüğünde muhayyer olmayan tarafın elinden bu imkânın alınmış olacağını dile getirmektedir.<sup>47</sup>

Yukarıdaki açıklamalar Hanefî hukukçuların akdin konusu bağlamında akdin bölünmezliği ilkesini akdin tamam olmasını ölçü alarak işlettiklerini göstermektedir. Akdin tamam olması konusunda da onlar genel kural olarak teslimi esas almışlar, ancak bazı durumlarda

<sup>44</sup> el-Kâsânî, *Bedâ'î u's-Sânâ'î*, V, 288.

<sup>45</sup> es-Serahsî, *el-Mebsût*, XIII, 56; konuyla ilgili daha detaylı ayırım ve izahlar için bk. el-Kâsânî, *Bedâ'î u's-Sânâ'î*, V, 293-295.

<sup>46</sup> es-Serahsî, *el-Mebsût*, XIII, 54-55; el-Ceşşâs, *Şerhü Muhtasarî t-Taḥâvî*, III, 41.

<sup>47</sup> es-Serahsî, *el-Mebsût*, XIII, 54-55.

teslimi de yeterli görmemişlerdir. Bu konuda onların taraf iradelerinin açıkça birbirini bağlar hale gelmelerini ya da akde ait süreçlerin tamamlanmış olmasını tespit etme ve bu durum ortaya çıkana kadar akdin konusunun bölünmesine engel olma yaklaşımıyla hareket ettikleri anlaşılmaktadır.

2. Akdin konusunun mislî ya da kıyemî olması: Hanefî hukukçular, akdin bölünmezliği ilkesi çerçevesinde akdin konusunun bölünmesi ile ilgili bazı meselelerin çözümünde akdin konusunun mislî ya da kıyemî oluşunu dikkate almışlardır. Onlar, akdin konusunun bölünmesindeki zorluk, bölünmenin akdin konusuna ve bedeline dair ortaya çıkaracağı bilinmezlik, bilinmezliğe bağlı olarak taraflara ait rızanın sakatlanması ve ileriye dönük nizaa sebep olacak olması gibi gerekçelerle akdin konusunun kıyemî olması durumunda bölünmesine karşı çıkmış ve akdin bölünmezliği ilkesini işletmiş, mislî olması durumunda ise diğer şartlar da uygunsuz akdin konusunun bölünmesinde sakınca görmemişlerdir.

Örneğin şart muhayyerliğine sahip bir satıcı iki köle satsa ve teslimden önce yani köleler satıcının yanında iken onlardan biri ölse, ölen köle için bedel takdir edip fiyattan düşmek suretiyle diğeri için müşterinin rızası olmadıkça muhayyerlik hakkını kullanarak akde icazet veremez. Çünkü ölen köle için akit infisah bulmuş olup kalan köle için akdin onaylanması ikisini birlikte almaya razı olmuş müşteri aleyhine akdin bölünmesi anlamına gelir. Bu şekilde bölünmesi ise ancak onun rızasıyla mümkün olabilir. Söz konusu kölelerden biri müşterinin elinde iken ölürse, Ebû Hanîfe ve Ebû Yûsuf'a göre şart muhayyerliğine sahip satıcının sağ kalan köle için satışı onaylama hakkı vardır. İmam Muhammed'e göre ise akit bozulmuş olur, satıcının sağ kalan köle için akdi onaylama hakkı yoktur. Aynı durumda eğer mebi ve vedî, keylî ve adedî olan mislî mallardan olursa satıcının kalan kısım için akdi onaylama hakkının bulunduğu konusunda ihtilaf yoktur.<sup>48</sup>

Verilen örnekte müşteri yanında mebiin telef olması durumunda akdin bölünmezliği ilkesinin işletilmesi açısından kıyemî-mislî ayırımını İmam Muhammed'in dikkate aldığı görülmektedir.<sup>49</sup> Zira ona göre müşteri yanında telef olan mal kıyemî ise akit bozulmuş olurken mislî ise satıcının akdi bölerek kalan kısım için akdi yürürlüğe koyması mümkün olmaktadır. Onun akdin bölünmezliği ilkesi açısından kıyemî-mislî ayırımındaki gerekçesi Kâsânî tarafından şu şekilde izah edilmektedir: Şart muhayyerliğine sahip satıcının akdi onaylaması (burada onaylama akdin inşasıdır) durumunda mislî mallardan olmayan şeylerde yani kıyemî mallarda helâk olan kısmın bedeldeki hissesi bilinmediği için akid sahih olmaz. Mislî mallarda ise mebiin bedeldeki hissesi konusunda birimleri birbirine denk olduğundan helak olan kısmın mebiin bütününe oranına bakılarak kalanın bedelinin tespiti mümkün olduğu için bir bilinmezlik

<sup>48</sup> el-Kâsânî, *Bedâ'î'u's-Şanâ'i*, V, 264; konuyu destekleyen bir başka örnek için bk. es-Serahsî, *el-Mebûrât*, XIII, 56.

<sup>49</sup> Malın telef olması durumlarında akdin bölünmezliği konusunda Ebû Hanîfe ve Ebû Yûsuf'un mebiin kıyemî ya da mislî olmasından ziyade teslimi esas aldıkları anlaşılmaktadır. Muhtemelen onlar mebiin teslim alınmasından sonra tazmin sorumluluğunun müşteriye geçmesiyle akdin güçlendiğini düşünerek mebiin telef olması durumlarında kıyemî de olsa mislî de olsa akdin bölünmezliği ilkesini teslimden önce işletirken teslimden sonra işletme gereği duymamışlardır. Zikredilen örnekte önceki maddede akdin tamamlanması çerçevesinde söylenenlerden farklı olarak teslim ölçüsünün sadece şart muhayyerliği çerçevesinde değil şart muhayyerliği ile birlikte mebiin telef olması ya da sadece mebiin telef olması durumlarıyla ilgili olduğu unutulmamalıdır.

olmayacak ve akdin inşası sahih olacaktır.<sup>50</sup> Görüldüğü üzere İmam Muhammed akdin bölünmezliği ilkesini mebiin kıyemî ya da mislî oluşuna göre işletmiş, ilkinde bölünmeye karşı çıkarken ikincisinde onay vermiştir.

Bu konuda Hanefî hukukçuların yaklaşımını daha açık bir şekilde ortaya koyabilmek için bir başka örneğe yer verilebilir. Hanefî hukukçulara göre koyun, köle gibi adediyyât-ı mütefâvite (fertleri birbirinden farklı) olan kıyemî mallarda mesela bir kişi “100 koyundan oluşan şu sürüyü 1000 dirheme sattım” ya da “her bir koyun 10 dirhem olmak üzere şu 100 koyunu sattım” dese, bunu kabul eden müşteri söylenildiği gibi 100 koyun bulsa akit câiz olur, 100 koyundan fazlasını bulursa mebiin tamamı için akit fâsid olur. Çünkü ziyade olan kısım akde dahil olmadığı için bedeli meçhul olmakta, buna bağlı olarak da kalan kısmın bedeli de meçhul hale gelmektedir; ayrıca 100 koyundan 101 koyuna çıkıldığında hangi 100 koyunun mebî olduğu bilinemez hale geldiği için mebî de meçhul hale gelmektedir. Eğer müşteri mebîi eksik bulursa, her birinin bedeli ayrı ayrı işaret edilerek zikredilmediyse akit yine mebiin tamamı için fâsid olur. Çünkü akit esnasında söylenen bedelden çıkarılacak eksik kısmın bedeli meçhul olduğu için kalan kısmın da bedeli meçhul olmaktadır.<sup>51</sup> Hanefî meşâhiyin çoğunluğuna göre bu görüş Ebû Hanîfe’ye ait olup İmâmeyn’e göre mebiin eksik çıkması durumunda mebî ve bedel belli olacağı için (99 koyunun bedelinin 990 dirhem olması şeklinde) mevcut kısım hakkında akit caizdir.<sup>52</sup> Serahsî, fâsid görüşünün bütün imamların görüşü olduğu kanaatinde.<sup>53</sup> Buna göre Hanefî hukukçular mebiin kıyemî olmasından dolayı fazla çıkması durumunda zikredilen gerekçelerle akdin bölünmezliği ilkesini işletmişler ve akdin bölünmesine karşı çıkmışlar, eksik çıkması durumunda ise bu ilkenin uygulanıp uygulanmaması konusunda ihtilafa düşmüşlerdir (ihtilâf ettikleri görüşü esas alınır). Oysa Hanefî hukukçulara göre bölünmesi mebiin kalan kısmına zarar vermeyen keylî (ölçeğe tabi), veznî (tartıya tabi) ya da adediyyât-ı mütekâribe (fertleri birbirine benzer ve yakın) olan mislî mallar için durum farklıdır. Örneğin bir kişi “şu 100 ölçek gelen buğday yığınının her ölçeği 1 dirhem olmak üzere sattım” ya da “100 ölçeği 100 dirhem olmak üzere sattım” dese akit geçerli olur. Müşteri mebîi 100 ölçekten fazla bulursa fazlalık olan kısmı satıcıya iade eder; mebîi 100 ölçekten az bulursa eksik olanın bedeldeki hissesini keserek almak veya alışverişi sona erdirmek arasında muhayyer olur.<sup>54</sup> Görüldüğü gibi Hanefî hukukçular kıyemî mallarda fazlalık durumunda ittifakla eksiklik durumunda ihtilâf yoluyla akdin bölünmesine izin vermezken, mislî mallarda hem fazlalık hem de eksiklik durumunda akdin konusu bağlamında akdin bölünmesinde bir sakınca görmemişlerdir.

Verilen örnekler birlikte düşünüldüğünde Hanefî hukukçuların akdin bölünmezliği ilkesini işletirken akdin konusunun bölünmesi bağlamında konunun kıyemî ve mislî oluşunu

<sup>50</sup> el-Kâsânî, *Bedâ’î u’s-Şanâ’î*, V, 264.

<sup>51</sup> el-Kâsânî, *Bedâ’î u’s-Şanâ’î*, V, 162. Kâsânî herhangi bir ihtilâfa yer vermese de bazı eserlerde müşterinin mebîi eksik bulması durumu ile ilgili yukarıdaki görüş Ebû Hanîfe’ye nispet edilmekte ve İmâmeyn’in eksik olanın bedelinin hesap edilebileceği yaklaşımıyla mevcut kısım için akdin geçerli olacağı görüşünü benimsediği ifade edilmektedir. Bu ihtilafın yer aldığı bir örneğe kaynaklarıyla birlikte aşağıda yer verilecektir.

<sup>52</sup> Kudûrî, *et-Tecrid*, V, 2554-2555; es-Serahsî, *el-Mebsût*, XIII, 2; İbn Mâze, *el-Muhtâ u’l-Burhânî*, VI, 374.

<sup>53</sup> es-Serahsî, *el-Mebsût*, XIII, 2-3.

<sup>54</sup> el-Kâsânî, *Bedâ’î u’s-Şanâ’î*, V, 160.

dikkate aldıkları ortaya çıkmaktadır. Burada Hanefilerin akdin bölünmezliği konusunda kıyemî-misli ayırımını esas alırken bedel ile mebî arasındaki denge korunarak belirsizlik ve bilinmezliğin önüne geçme endişesiyle hareket ettikleri anlaşılmaktadır.

3. Akdin konusunun zarar görmeden bölünebilir olup olmaması: Hanefi hukukçular akdin konusunun bölünmesi durumunda kullanılmasının imkânsız ya da zor hale gelmesinin, malı kusurlu hale getireceğini, ilgili taraf için zarara sebebiyet vereceğini ve böylece rızayı sakatlayacağını düşünmüşlerdir. Bu nedenle onlar böyle durumlarda mümkün mertbe akdin konusunun bölünmesine müsaade etmemişler ve akdin bölünmezliği ilkesini işletmişlerdir.

Örneğin müşteri malın tamamını teslim aldıktan sonra mebîde bir kusur bulsa, mebî gerçekte ve takdire farklı şeylerden oluşuyorsa (elbise ve saat gibi) satıcının rızası olmadan mebîin tamamını iade edemez. Müşterinin İmam Züfer hariç diğer üç imama göre bedeldeki hissesini keserek sadece kusurlu malı iade etme hakkı vardır; İmam Züfer'e göre ise müşteri sadece mebîin tamamını geri verme ya da tamamını elinde tutma hakkına sahiptir. Dolayısıyla üç imama göre akdin konusunun zarar görmeden bölünebilir olması durumunda mebî bölünmeli ve müşteri sadece kusurlu kısmı iade edebilmelidir. Oysa Hanefi hukukçulara göre müşterinin kusurlu bulduğu mebî gerçekte ve takdire (bir elbise gibi) veya sadece takdire (yani biri olmadan diğerinden istifade etmek zor olan mallarda olduğu gibi; bir çift ayakkabıdaki gibi) tek bir şeyden oluşuyorsa, müşteri mebîin sadece kusurlu olan kısmını hissesine düşen bedeli keserek geri verip kalanı alma hakkına sahip değildir. Zira bu durumda iade edilen kısımdan tek başına istifade etmesi mümkün olmayacağı için satıcının zarara uğratılması söz konusudur. Ayrıca bu şekilde bir iade mebîde ortaklık ortaya çıkarmaktadır ki ticaret örfünde bu bir kusur olup mebîin ek bir kusur ile satıcıya iadesi anlamına gelmektedir.<sup>55</sup>

Görüldüğü gibi Hanefi hukukçular akdin bölünmezliği ilkesini akdin konusunun bölünmesi meselesinde işletirken mebîin zarar görmeden bölünüp bölünemeyeceğini dikkate almışlardır. Bunu yaparken bir tarafın diğerine zarar vermesinin önüne geçme, mebîin kullanılamaz ya da zor kullanılabilir hale getirilmesine mâni olma endişesiyle hareket etmişlerdir.

4. Akdin konusunda meydana gelen istenmeyen değişikliğin mahiyeti ve kaynağı: Hanefi hukukçular akdin bölünmezliği ilkesi çerçevesinde akdin konusunda bölünmenin olup olmayacağını tespit ederken akdin konusundaki istenmeyen değişikliklerin mahiyetine ve bu değişikliklerin kim tarafından yapıldığına ya da hangi sebeple meydana geldiğine bakmışlardır. Bu çerçevede mahiyeti bağlamında değişikliğin mebîin aslında mı yoksa vafında mı olduğunu tespiti çalışmışlar, ilk durumda bölünmeye imkân verirken ikincisinde akdin bölünmezliği ilkesini işletmişlerdir. Kaynağı bağlamında ise değişikliğin semâvî bir afet ile mi yoksa akdin tarafları aracılığıyla mı veya mebîin kendisi tarafından mı meydana getirildiği üzerinde durmuşlardır. Zikredilen durumları başka değişkenlerle birlikte değerlendirerek akdin konusunda akdin bölünmezliği ilkesini işletmeye çalışmışlardır.

Örneğin satım akdinde tesliminden önce mebîin bir kısmı semâvî bir afetle zayi olursa, mebî misli mallardan ise akit helak olan kısım için infisah olmuş olur. Akit konusuna ait

<sup>55</sup> es-Seraḥsî, *el-Mebsût*, XIII, 102-103; el-Kâsânî, *Bedâ'î u's-Şanâ'î*, V, 287-288.

birimlerin fiyatı belirlidir ve helak olan kısmın bedeli sakıt olur. Bu durumda akit zorunlu bir sebebe bağlı olarak bölündüğü için müşteri kalan kısmı bedeldeki hissesi ile almak veya akdi sonlandırmak arasında muhayyerdir.<sup>56</sup> Mebî kıyamî ise, zayi olan kısmın bedelinin takdir edilerek düşülmesi yoluyla müşteri aynı muhayyerliğe sahiptir.<sup>57</sup> Burada mebîdeki istenmeyen değişiklik mebiin aslında olup semâvî bir afetle gerçekleşmiştir. Değişikliğin kaynağının semâvî olması sebebiyle satıcının müşteriye karşı tazmin sorumluluğu doğmamış, ancak zayıat kendi hesabından gitmiş, aslında meydana gelen bir değişiklik olması sebebiyle akdin bölünmezliği ilkesi işletilmeyerek konunun bölünmesine müsaade edilmiştir.

Arazinin bina veya ağaçlarında, hayvanların azalarında, keylî ve veznî olanların kalitelelerinde olduğu gibi helâk mebiin aslında değil vafında ise -ki bunlar ayrıca zikredilmese de akdin kapsamına giren şeylerdir- akit infisah olmadığı gibi bedelden herhangi bir indirimde gidilmez. Bu durumda müşteri, mebiî bedelin tümü ile alma veya akdi sonlandırma arasında muhayyerdir; zira bedel vafın değil aslın karşılığındadır.<sup>58</sup> Burada yine değişikliğin kaynağı semâvî ise de değişikliğin mebiin aslında değil vafında olduğu kabul edilmiştir. Bedelin vafı değil asla tekabül etmesinden hareketle söz konusu istenmeyen değişiklikler için bedelde bir indirim yapılmamış, bunun yerine müşteriye mebiî bedelin tamamıyla alma ya da akdi sonlandırma muhayyerliği tanınmıştır. Böylece akdin bölünmezliği ilkesi işletilerek konunun bölünmesine müsaade edilmemiştir.

Mebîdeki istenmeyen değişiklik veya helak eğer kendisini yaralaması şeklinde mebiin fiiliyle meydana gelmiş ise akit infisah olmadığı gibi bedelde de bir indirim yapılamaz. Zira mebiin kendisine zarar vermesi heder olma anlamına gelir ve bu semâvî afette mebiin bir kısmının helak olması gibidir. Mebiin kendisine zarar vermesi ile bir kısmının helak olması vasfı noksanlığı anlamına gelir ve vasıfların da bedelde karşılığı yoktur. Müşteri bedelin tamamı ile mebiî almak veya mebîdeki değişiklik sebebiyle akdi sonlandırmak arasında muhayyerdir.<sup>59</sup> Burada istenmeyen değişiklik mebiin kendisiyle meydana geldiği için satıcının müşteriye tazmin sorumluluğu doğmamış ancak zayıat kendi hesabından gitmiş, mebiin vafında meydana geldiği için akdin bölünmezliği ilkesi işletilerek akdin konusunun bölünmesine müsaade edilmemiştir.

Teslim öncesi mebîdeki istenmeyen değişiklik müşteri tarafından meydana getirilirse, mebiin aslında da vafında da olsa bedelde bir indirim olmayacağı ve herhangi bir muhayyerlik doğmayacağı açıktır. Dolayısıyla müşteri kusurlu olduğu için satın aldığı malı istenmeyen yönde değiştirmiş, kusur sorumluluğu çerçevesinde zayıat da kendisinden gitmiş olacaktır. Bu durumda akdin bölünmezliği ilkesi işletilecek ve akdin konusu bölünemeyecektir.

Verilen bilgilere göre Hanefî hukukçular tesliminden önce semâvî bir afette mebiin aslında bir kusur oluşursa akdin konusunun bölünmesine müsaade ederken vafında bir kusur oluşursa akdin konusunun bölünmesine müsaade etmemişlerdir. Mebiin kendisine verdiği zarar ise, vafıta kusur oluşması şeklinde değerlendirilmiş ve akdin bölünmezliği ilkesi işletilerek

<sup>56</sup> el-Ceşşâs, *Şerhu Muhtasari't-Tahâvî*, III, 52-54; el-Kâsânî, *Bedâ'î u's-Sânâ'î*, V, 239.

<sup>57</sup> eş-Şeybânî, *el-Asl*, II, 465; Kudûrî, *et-Tecrid*, VII, 3468; el-Mevsûlî, *el-İhtiyâr*, II, 27.

<sup>58</sup> el-Kâsânî, *Bedâ'î u's-Sânâ'î*, V, 239-240.

<sup>59</sup> el-Kâsânî, *Bedâ'î u's-Sânâ'î*, V, 240.

konunun bölünmesine müsaade edilmemiştir. Onlar asıl-vasıf ayırımında mebûin kusurlu olanla olmayan kısımlarına bölünebilir ve kusurlu olanla olmayan kısımlarına niza'a yol açmayacak bir bedel takdir edilebilir olmasını esas almışlardır. Kusurun kaynağının semâvî olup olmaması noktasında semâvî ise asıl veya vasıfta kusurun meydana gelmesine göre, semâvî değilse kusurun mebûden gelmesi durumunda vasıfta kusur kabul ederek, müşteriden gelmesi durumunda kusur sorumluluğu çerçevesinde akdin bölünmezliği ilkesini işletmişlerdir. Buradaki uygulamalarda Hanefî hukukçuların temelde belirsizlik ve bilinmezliğin önünü kapamak, bedele konu olmayacak şeylere bedel takdir edilmesini engellemek, kusur sorumluluğu ile kusursuz sorumluluk ilkelerini işleterek hakkaniyeti gözetmek gibi hedeflerle hareket ettikleri anlaşılmaktadır.

5. Akdin konusunda ortaklık şeklinde bir kusurun oluşup oluşmaması: Bir şey üzerinde ortaklık bulunması, ondan doğrudan istifade etmeyi zorlaştırdığı gibi diğer akitlere konu edilmesi ve tatmin edici bir fiyatla satılmasını da olumsuz etkilemektedir. Bu nedenle Hanefî hukukçular, akdin konusunda akdin taraflarının aleyhine bir ortaklık oluşacak olması durumunda akdin bölünmezliği ilkesini işleterek akdin konusunun bölünmesine karşı çıkmışlardır.

Örneğin şefî', şuf'a konusu malın sadece bir kısmını şuf'a yoluyla satın alamaz; zira burada müşterinin söz konusu malı alırken kurduğu akdin bölünmesi ve hedeflerinin heder edilmesi söz konusudur. Eğer şefî'e böyle bir imkân verilirse müşterinin malı bölünmüş, bir kısmı kendisinin bir kısmı şefî'in olacak şekilde mal üzerinde bir ortaklık doğmuş olacaktır. Bu ortaklık gerek kullanım gerekse diğer akitlere konu etme ve iyi bir fiyatla satma gibi durumlarda müşteriye zarar verecektir. Şefî'in müşteriye bu şekilde zarar veremeyeceği konusunda ittifak vardır. Müşterinin şuf'a konusu malı bir kişiden ya da birden fazla kişiden satın alması zikri geçen hükümden herhangi bir değişiklik meydana getirmez.<sup>60</sup> Aynı şekilde bir kişi iki evi bir akit ile alsın ve her iki ev için bir şefî' olsa, şefî' sadece birini şuf'a yoluyla alamaz. Bu, Züfer hariç üç imamın görüşüdür.<sup>61</sup> Görüldüğü gibi şefî'in akdin konusunu bölme talebi, ortaklık gibi tüccar arasında kusur olarak bilinen bir duruma yol açtığı için Hanefî hukukçular tarafından reddedilmiş, akdin bölünmezliği ilkesi çerçevesinde akdin konusunun bölünmesine izin verilmemiştir.

Bir diğer örneğe göre eğer bir kişi bir elbise, bir köle gibi kendisine zarar vermeden bölünemeyen bir şey satın alsın, teslimden önce ya da sonra mebûin bir kısmının üçüncü bir kişiye ait olduğu (istihkâk) ortaya çıkarsa müşterinin kalan kısmı iade hakkı vardır; zira burada müşterinin hak sahibi ile ortak olması şeklinde bir ayıp söz konusu olmaktadır. Misli mallarda ise teslimden önce istihkâk çıkarsa akit tamamlanmadan önce müşterinin kalanı almama hakkı vardır; teslimden sonra istihkâk çıkarsa akit bağlayıcı olur. Çünkü misli mallarda fertler birbirine denk olduğu için istihkâk ile mebûin bölünmesinde ortaklık şeklinde bir zarar veya kusur ortaya çıkmamaktadır; mebûin teslim alınmasıyla akit tamamlanmış olmaktadır.<sup>62</sup> Bu örnekte

<sup>60</sup> el-Ceşşâs, *Şerhu Muhtaşari't-Tahâvî*, III, 360-361; es-Serahsî, *el-Mebstût*, XIV, 104; 'Alâ'uddîn es-Semerqandî, *Tuhfetu'l-Fukahâ*, III, 58; el-Kâsânî, *Bedâ'i'u's-Sanâ'i*, V, 25.

<sup>61</sup> el-Ceşşâs, *Şerhu Muhtaşari't-Tahâvî*, III, 362; es-Serahsî, *el-Mebstût*, XIV, 159; 'Alâ'uddîn es-Semerqandî, *Tuhfetu'l-Fukahâ*, III, 58; el-Kâsânî, *Bedâ'i'u's-Sanâ'i*, V, 26.

<sup>62</sup> es-Serahsî, *el-Mebstût*, XIII, 76.



daha önce işaret edilen kıyemî-mislî ayırımı, ortaya çıkardığı ortaklığın kusur ve zarar içerip içermemesine bağlı olarak değerlendirilerek tersine işletilmiş, kıyemî mallarda akdin bölünmesine izin verilirken mislî mallarda buna izin verilmemiştir. Zira burada temel endişe bedel ile mebî arasındaki denge korunarak belirsizlik ve bilinmezliğin önüne geçilmesi değil ortaya çıkan ortaklığın ilgili tarafa zarar verip vermeyeceğidir.

6. Akdin konusuna dair gözetilen hedefin ortaya çıkıp çıkmaması. Akdin taraflarının akdin konusuna dair bazı hedefleri söz konusudur. Hanefî hukukçular akdin bölünmezliği ilkesini işletirken bu hedeflerin gerçekleşip gerçekleşmediğini gözetmişler, gerçekleştiğini düşündüklerinde akdin bölünmesine müsaade ederken gerçekleşmediği kanaatine ulaştıklarında akdin bölünmezliği ilkesi ile hareket etmişlerdir.

Örneğin bir kişi bir başkasını bir köle satın almak üzere vekil kılsa, vekil yarım köle satın alsa, Hanefî imamların ittifakıyla vekâlet sona ermeden diğer yarısını satın almadıkça müvekkil için bir yükümlülük doğmaz. Cessâs'a (ö. 370/981) göre bunun sebebi böyle bir durumda akdin konusunun parçalanmasının müvekkili zarara uğratacak olmasıdır; ona göre bu, müvekkilin sağlam bir köle satın almasını istemesi karşısında vekilin ona kusurlu bir köle satın alması gibidir.<sup>63</sup> Kıyemî olan mallara örnek olarak verilen zikri geçen hükmün aynı gerekçe devam ettiği için mislî mallar için de geçerli olacağı anlaşılmaktadır. Cessâs'ın açıklamalarının da gösterdiği üzere burada müvekkilin akdin konusuna dair hedefi gerçekleşmediği için (bu hedef zarara uğramayacağı şekilde bir köle satın alınmasıdır) ittifakla akdin bölünmezliği ilkesi işletilmekte ve akdin bölünmesine izin verilmemektedir.

Oysa bir kişi bir başkasını bir köle satmak üzere vekil kılsa, vekil de kölenin yarısını satsa İmâmeyn'e göre durum satın almadaki gibiyken Ebû Hanîfe satın almayı ve satmayı birbirinden ayırarak zikredildiği şekilde gerçekleşen satım akdinin câiz olduğu sonucuna ulaşmıştır.<sup>64</sup> Hanefî hukukçuların vekâlet yoluyla mebîin kısmen satım akdine konu edilmesi meselesinde satın almadan farklı olarak satma konusunda ihtilafa düştükleri görülmektedir. Burada İmâmeyn'in görüşünü satın almadaki gerekçeye dayandırdığı anlaşılmaktadır. İzah edilmesi gereken ise Ebû Hanîfe'ye ait görüşün gerekçesidir. Cessâs'a göre Ebû Hanîfe'nin görüşünün gerekçesi, müvekkilin satılan kısımda değil satılmayan kısımda zarara uğraması (diğer bir ifadeyle satılan kısmın müvekkilin yararına ve hedefine uygun olması), böyle bir durumun akdi etkilememesidir; nitekim buğday ya da arpada aynı durum yani kısmî satış olsaydı ittifakla bu caiz olacaktı; bu, satışa vekil kılmanın satılacak şeyin hepsinin aynı anda satılmasını gerektirmediğini göstermektedir; dolayısıyla akit yapılan kısımda zarar bulunmuyorsa bir kısmının satılmamış olması akdi batıl kılmaz. Cessâs satın alma ve satmayı birbirinden ayıran bir diğer gerekçeye daha yer vermektedir. Ona göre eğer vekil mebîin tamamını aynı fiyata (yani yarısını sattığı fiyata) satmış olsaydı bu akit caiz olacaktı; yarı fiyatına tamamının satışı câiz ise aynı fiyatla yarısının satışı evleviyetle câiz olmalıdır. Oysa bu durum satın almada bulunmamaktadır; zira vekilin mebîin tamamını yarı fiyatına satın almasının câiz olması, mebîin yarısını aynı fiyatla satın almayı herhangi bir şekilde gerektirmemektedir. Bu durumda kısmî satın alma

<sup>63</sup> el-Ceşşâs, *Şerhu Muhtasari't-Tahâvî*, III, 284.

<sup>64</sup> el-Ceşşâs, *Şerhu Muhtasari't-Tahâvî*, III, 284-285.



ancak aldanmanın çok az olduğu durumlarda câiz olabilir. Dolayısıyla kısmî satın almada müvekkili zarara uğratma bulunduğu için vekilin mebûin bir kısmını satın alması câiz olmaz.<sup>65</sup>

Görüldüğü gibi Hanefî hukukçular vekâlet akdinde müvekkilin akdin konusuna dair gözettiği hedefin gerçekleştiği kanaatine ulaştığında mislî mallarda ittifakla kıyemî mallarda ihtilaf ile kısmî satışa yani akdin bölünmesine müsaade etmişlerdir. Akdin konusuna dair hedefin gerçekleşmediğini düşündüklerinde ise vekâlet yoluyla kıyemî ve mislî mallarda kısmî satın almaya yani akdin konusunun bölünmesine karşı çıkmışlar ve akdin bölünmezliği ilkesini işletmişlerdir. Akdin bölünmezliği ilkesinin her iki taraf için de bağlayıcı olmayan vekâlet akdi çerçevesinde işletiliyor olması ayrıca altı çizilmesi gereken bir noktadır.

Burada Hanefî hukukçuların akdin bölünmezliği ilkesini akdin konusu bağlamında işletirken kullandıkları ölçüler arasından temsil kabiliyeti olanlardan bazılarına yer verilmiştir. Dolayısıyla onların akdin tipine, şekline ve akde bitişen şart, kusur gibi durumlara bağlı olarak zikredilen ölçülerin dışında başka ölçüleri de kullanmış oldukları bilinmelidir. Öte yandan akdin bölünmezliği çerçevesinde bir yerde kullanılan bir ölçünün başka bir durum ve şartta farklı bir ölçüyle çatışabildiği ve orada diğer ölçü ile hareket edilebildiği de görülmektedir. Buna göre akdin bölünmezliği ilkesinin işletilmesinde kolaylık sağladıkları ve genel olarak bir bakış açısı kazandırdıkları rahatlıkla söylenebilir de bahis konusu edilen ölçülerin her yerde geçerli mutlak göstergeler olarak değil, bulunduğu bağlama göre yeniden şekillenebilen esnek hareket noktaları olarak değerlendirilmesi daha uygun olur.

Yukarıda ele alınan ölçüler ve bunların uygulamaları ile getirilen izahlar dikkate alındığında Hanefî hukukçuların akdin konusu bağlamında akdin bölünmezliği ilkesini işletirken dinin temel ilkelerine, akit türlerinin ve akde ilişkin şart, ayıp gibi durumların özel hükümlerine ve tarafların iradelerine saygıyı merkeze aldıkları söylenebilir. Aynı şekilde onların burada akdin bölünmezliği ilkesini işletirken belirsizlik ve bilinmezliğin önlenmesi, mebî-bedel dengesinin korunması, akde konu olmayan şeylere bedel takdir edilmesinin önüne geçilmesi, mebûin kullanılamaz ya da zor kullanılabilir hale getirilmesine mâni olunması, kusura dayalı ya da kusursuz tazmin sorumluluğunda hakkaniyetin gözetilmesi, karşı tarafa zarar vermenin önüne geçilmesi gibi hedefleri gözettikleri ortaya çıkmaktadır. Bu çerçevede onlar imkân ölçüsünde akdin konusunun bölünmemesi yönünde gayret sarf etmişler, ancak hakkaniyet ilkelerini, imkânsızlık durumlarını, zaruret hallerini, insanların gaye ve örflerini, ticari uygulamaları da dikkate alarak gerekli yerlerde bu ilkeyi esnetmişlerdir.

### 3. Akdin Taraflarının Ayrılması

Akdin tarafları karşılıklı iki kişiden oluşabileceği gibi bir tarafı ya da her iki tarafı iki ya da daha fazla kişiden oluşabilir. Hanefî hukukçular zikredilen durumlardan hangisi olursa olsun bir akit etrafında taraf olan kişilerin akdin getirdiği hak ve yükümlülükler bağlamında birbirine bağlı olduğu kanaatindedirler. Dolayısıyla onlar genel ilke olarak akdin taraflarından biri dikkate alınmadan ve yok sayılarak diğeri lehine ya da aleyhine herhangi bir uygulamayı meşru görmezler. Bu açıdan bakıldığında Hanefî hukukçuların akdin taraflarının ayrılmasına

<sup>65</sup> el-Ceşşâs, *Şerhu Muhtasari't-Tahâvî*, III, 284-285.

hoş bakmadıkları ve akdin tarafları açısından akdin bölünmezliği ilkesini etkili bir şekilde uyguladıkları görülür.

Nitekim Hanefî hukukçulara göre iki kişi bir kişiden bir şey satın alsa, satıcı bedelin tamamını almadıkça müşterilerden biri kendi hissesine düşen bedeli ödeyerek kendi hissesini teslim alamaz. Kudûrî (ö. 428/1037) bu yaklaşımı tek bir bedel bulunduğu için tek bir akit söz konusu olduğunu, akdin bölünemeyeceğini, müşterilerin bir müşteri gibi değerlendirilmesi gerektiğini söyleyerek açıklamaktadır.<sup>66</sup>

Bir diğer örnek rehin konusundan verilebilir. Hanefî hukukçulara göre iki kişinin bir kimseden ortak alacağı olsa veya aynı kişiden birinin dinar diğerinin dirhem ya da buğday alacağı bulursa, borçlu her iki alacaklıya tek bir rehin verse, bu rehin iki borca karşılık bir rehin konumunda câiz olur. Çünkü burada rehlin tamamı rehin akdinin birliği/bütünlüğü gereği her birinin alacağına karşılık hapsedilmiş ve her iki alacaklının rehlin tamamına yönelik hapis hakkı doğmuş olmaktadır. Buna göre borçlu, alacaklılardan birinin borcunu ödese diğerinin borcunu da ödeyene kadar rehlin tamamını ya da ödemediği borca tekabül eden kısmı geri alamaz. Zira rehni hapsedme hakkı, akdin bölünmezliği ilkesi gereği her iki kişinin alacağına karşılık olarak sabit olmuştur. Hatta taraflar açısından akdin bölünmezliği ilkesi gereği rehni alan iki alacaklıdan birisi diğeri ile anlaşmadıkça rehlin tamamını ya da bir kısmını geri veremez. Aynı şekilde iki borçlu bir evi rehin verse ikisi de borcunu ödeyene kadar herhangi biri evi geri alamaz.<sup>67</sup>

Her iki örnekte de görüldüğü üzere akdin bölünmezliği ilkesi çerçevesinde akdin tarafları arasında bir bölünme olmasının önüne geçilmiştir. Özellikle akitle birlikte sorumluluk üstlenen taraflar arasında denge gözetilmiş, taraflar parçalanarak akdin başında kurgulanan yapının dağılması ve sonradan belirsizlik, anlaşmazlık ve nizaaya yol açabilecek durumların ortaya çıkması engellenmeye çalışılmıştır.

Akdin taraflar açısından bölünmezliği yaklaşımı, taraflardan birisinin ferdî hareketi olduğunda onun telafi edilmesi ve tekrar akdin getirdiği hak ve yükümlülüklerle dönülmesi açısından da etkili olmuştur. Örneğin belirli bir sebebe dayalı olarak oluşmuş 1000 dirhem ortak alacağı olan iki kişiden biri borçluya 500 dirheme bir sene vadeyle bir eşya satsa, sonra vade dolsa, alacağı olan 500 dirhem ile mahsuplaşır. Bu durumda eşya satan alacaklı 1000 dirhemlik ortak borcun 500 dirhemini teslim almış olacağından dolayı diğer alacaklıya aldığı miktarın yarısı olan 250 dirhemi tazmin eder.<sup>68</sup> Burada taraflardan birisinin ferdî faaliyeti ile ortak alaktan alınan meblağın akdin bölünmezliği ilkesi bağlamında tarafların ayrılmasının önüne geçilerek alacaktır payına göre diğer alacaklıya da ulaştırılması sağlanmış olmaktadır.

Akdin bölünmezliği ilkesinin taraflar açısından muhayyerliklere uygulanması konusunda ise Hanefî imamları arasında ihtilaf vardır. Nitekim iki kişi bir kişiden bir akit üzerinden şart muhayyerliği ile bir köle satın alsalar veya görmeden bir elbise satın alsalar veya satın aldıkları şeyde bir kusur bulsalar Ebû Hanîfe'ye göre müşterilerden sadece birisinin muhayyerlik

<sup>66</sup> Kudûrî, *et-Tecrid*, V, 2505.

<sup>67</sup> es-Seraḥsî, *el-Mebsût*, XXI, 164-166.

<sup>68</sup> eş-Şeybânî, *el-Asîl*, XI, 77; diğer bir örnek için bk. eş-Şeybânî, *el-Asîl*, XI, 74.

hakkını kullanarak kendi payını iade etmesi caiz olmaz. İmâmeyn'e göre ise her bir müşterinin kendi hissesini iade etme hakkı vardır.<sup>69</sup> Kudûrî Ebû Hanîfe'nin görüşünü; a) tek icap, tek bedel ve bütün akde konu olan tek mebiin olması, satıcının tek icapta bulunarak akdin bölünmesi durumunda zarara uğrayacağını göstermiş olması sebebiyle akit bütünlüğünün bulunduğu yani bölünemez olduğunu, b) akit bütünlüğü bulunduğu iki müşteriden sadece birinin kabulünün caiz olmayacağını, zira bunun akdin bölünmezliği ilkesi ile çeliştiğini, c) her ikisinin tek bedel üzerindeki tek icapla ve aynı sebebe (yani tek bir akde) dayanarak sahip oldukları bir şeyde müşterilerden birisinin iadesinin caiz olmayacağını söyleyerek izah etmiş ve onun görüşünü benimsemiştir.<sup>70</sup> İmâmeyn'in görüşünde ise muhayyerliklerin bir akit altında da olsa her iki müşteri için ayrı ayrı sabit olduğu, zira muhayyerliğin aldanmayı önlemek için meşru kıldığı ve her bir müşteri kendisi için uygun olanı yapamadığında bu amacın gerçekleşmeyeceği yaklaşımı söz konusudur.<sup>71</sup> İhtilaf olduğu görülse de Hanefi hukukçuları arasındaki genel eğilimin Ebû Hanîfe'nin görüşü yönünde olduğu anlaşılmaktadır.<sup>72</sup>

Bazı meselelerde Hanefi hukukçulara ait kimi ictehadlar, onların akdin taraflarının bölünmesini tercih ettikleri yönünde bir izlenim oluşturabilir. Oysa söz konusu ictehadların, akit bütünlüğünü bozan şartların oluşup oluşmadığıyla ilgili olduğu, akdin taraflarının bölünmesi anlamına gelmediği şeklinde anlaşılması mümkündür. Örneğin iki kişi bir kadından ortak bir sebeple oluşmuş 1000 dirhem alacaklı olsa, bunlardan birisi kendi hissesi mehir olmak üzere o kadınla evlense, bu caizdir; diğer alacak ortağı evlenene rücu edemez; zira evlenen herhangi bir şey teslim almamıştır (yani kabz yoktur). Aynı şekilde bir kadının başka bir kadınla birlikte kocasından 1000 dirhem ortak alacağı bulursa, borçlu ile evli olan kadın kocası ile kendi hissesi miktarınca muhâlea yapsa, diğer alacaklı ona herhangi bir şekilde rücu edemez. Zira burada da teslim alma (yani kabz) söz konusu olmamıştır.<sup>73</sup> Görüldüğü üzere burada Hanefi hukukçulara ait bir akitle ortak alacaklı olan iki kişi için akit hukukunun ihlal edilip edilmediğine, yani biri yok sayılarak akde aykırı hareket edilip edilmediğine yönelik bir araştırma söz konusudur. Buna göre alacaklılardan birisinin yaptığı faaliyet neticesinde maddî bir aktarımın eline geçmemesi, diğer tarafla oluşmuş alacak ortaklığını ihlal etmediği yönünde bir görüşü ortaya çıkarmış gibi görünmektedir. Neticede zikredilen durumlarda Hanefi hukukçular, akdin bölünmezliği ihlal edilmediği için tarafların ayrılması şeklinde bir bölünmenin ortaya çıkmadığını, dolayısıyla akdin bölünmezliği ilkesi gereği ilgili tarafın diğerine alacak konusunda rücu etme hakkının doğmadığını söylemiş olmaktadır.

Akdin bölünmezliği ilkesi çerçevesinde akdin tarafları açısından bakıldığında Hanefi hukukçuların mümkün merteye akdin getirdiği hak ve sorumlulukları taraflara birlikte yüklemek ve dengeyi koruma eğilimi taşıdıkları söylenebilir. Burada akdin kuruluşu esnasında ortaya çıkan yapının akdin devamında da taraflar açısından mümkün merteye devam ettirilmesinin

<sup>69</sup> Kudûrî, *et-Tecrîd*, V, 2462; el-Ferğânî, *Fetâvâ Kâdîhân*, II, 95; 'Alâ'uddîn es-Semerqandî, *Tuḥfetu'l-Fuḳahâ*, II, 80; el-Bâbertî, *el-İnâye*, VI, 331; Mollâ Husrev, *Dureru'l-Hukkâm*, II, 155.

<sup>70</sup> Kudûrî, *et-Tecrîd*, V, 2462-2466.

<sup>71</sup> Mollâ Husrev, *Dureru'l-Hukkâm*, II, 155.

<sup>72</sup> İlgili yaklaşımlar için bk. Kudûrî, *et-Tecrîd*, V, 2462; el-Ferğânî, *Fetâvâ Kâdîhân*, II, 95; el-Bâbertî, *el-İnâye*, VI, 331; Mollâ Husrev, *Dureru'l-Hukkâm*, II, 155.

<sup>73</sup> eş-Şeybânî, *el-Asîl*, XI, 76.

hedeflendiği anlaşılmaktadır. Birlikte kurulan bir akdin parçası konumunda olan tarafların sonraki süreçte ayrıştırılmasının, birinin lehine diğersinin aleyhine bazı durumları ortaya çıkarabileceği düşünülmüş, birlikte üstlenilen hak ve sorumlulukların akdin başından sonuna kadar korunması esas benimsenmiştir. Bu çerçevede hem akitlerin parçalanmasının önlenmesi hem de tarafların ayrılmasıyla oluşabilecek sorunlara karşı önlem alınması yoluna gidilmiştir. Nihayetinde bütün bunların tarafların irade ve rızalarının sakatlanmasının önlenmesi, haksız menfaat teminine mâni olunması, bir akde taraf olanların akit dolayısıyla oluşabilecek kâr ve zararda ortak olmalarının sağlanması, nizaa yol açabilecek durumlara müsaade edilmemesi, taraflara ait hak ve yükümlülük dengesinin bozulmasının önüne geçilmesi gibi dinî ve akit kurma iradesi çerçevesinde sabit olmuş ilkelerin korunmasına dönük olduğu anlaşılmaktadır.

## B. AKDİN UNSURLARINI BİRLEŞTİRME AÇISINDAN AKDİN BÖLÜNMEZLİĞİ İLKESİ

Akdin bölünmezliği ilkesi bir araya getirilenlerin dağılmasını önlemeyi sağladığı gibi bir arada bulunmaması gerekenlerin de bir araya gelmesini engelleme işlevi görür. Bu yönüyle akdin bölünmezliği ilkesini ortaya koymak üzere birleştirmenin imkânı açısından “birleştirilmeleri yasaklanmış olanların birleştirilmesi” ve “birleştirilmeleri câiz olanların birleştirilmesi” şeklinde iki temel noktadan hareket edilebilir.

### 1. Birleştirilmeleri Yasaklanmış Olanların Birleştirilmesi

Akdin bölünmezliği ilkesini birleştirilmeleri yasaklanmış olanların birleştirilmesi yönüyle ele almak üzere Hanefî hukuk literatürüne bakıldığında birleştirilmeleri yasaklanmış olanlara dair iki farklı durumun ortaya çıktığı görülür. Bunlar “akde konu olmaları tek başlarına mümkün iken birlikte bulunmaları yasaklanmış olanlar” ve “akde konu olmaları hem tek başlarına hem de diğerleriyle birlikte yasaklanmış olanlar” şeklinde ele alınabilir.

1. Akde konu olmaları tek başlarına mümkünken birlikte bulunmaları yasaklanmış olanlar. Burada her biri tek başına akde konu edildiklerinde herhangi bir sorun oluşmazken yani akdin bölünmezliği ilkesiyle çelişmezken, birlikte akde konu edildiklerinde akdin bölünmezliği ilkesi gereği akdin sorunlu hale geldiği durumlar söz konusudur. Bunun en yaygın örneği olarak beş kadınla evlilik veya iki kız kardeşle evlilik zikredilebilir.<sup>74</sup> Nitekim birlikte tek akitte<sup>75</sup> ya da ayrı ayrı akitlerle 4 eşle evlilik fikhî açıdan sorun olarak teşkil etmezken, yani akde olumsuz anlamda bir etkide bulunmazken, tek akitle ya da 4 eş varken ayrı bir akitle beşinci bir kadınla evlilik akdi yapılması yasaklanmış ve böyle bir durumun ilgili nasların da

<sup>74</sup> *el-Mevsû'atü'l-fikhiyye*, Heyet. Kuveyt: Vizâretü'l-Evkâf ve's-Şuûni'l-İslâmiyye, 1983/1404, “*Safka*” maddesi.

<sup>75</sup> Hanefî hukukçular açısından bir kişinin birden fazla kadınla tek bir akit ile evlenmesi mümkündür. Literatürde birden fazla kadınla tek akitle yapılan evlilik için *عقد واحد*, *عقد واحد* veya *عقد منفرد* ifadeleri kullanılırken birden fazla kadınla ayrı akitlerle yapılan evlilik için *عقدین متفرقتين* veya *عقد متفرقة* veya *عقد متفرقة* ifadeleri kullanılmaktadır. Hanefîler eşlerden birisinin evlenilmesi haram olanlardan olması durumunda yukarıda zikredildiği üzere birden fazla kadınla evliliğin tek akitle ya da ayrı akitlerle yapılmış olmasını dikkate alarak her iki duruma farklı hükümler bağlamışlardır (tek akitle evlilik ve ayrı akitlerle evlilikle ilgili kullanılan ifadeler ile bunlara dair ortaya konulan hükümler için örnek olarak bk. eş-Şeybânî, *el-Hucce*, III, 397-398, eş-Şeybânî, *el-Asl*, VII, 486, X, 223, 268, 295, 316; Kudûrî, *et-Tecrid*, IX, 4517; es-Serahsî, *el-Mevsû't*, V, 53, XIX, 121-122; el-Kâsânî, *Bedâ'î u's-Sanâ'î*, II, 314; İbn Mâze, *el-Muhtâ'u'l-Burhânî*, III, 140-141; İbn Nuceym, *el-Baḥru'r-Râik*, III, 149; Alâ'uddîn el-Ḥaşkefî, *ed-Durru'l-Muhtâr*, s. 200; İbn 'Âbidîn, *Reddu'l-Muhtâr*, III, 200).

gösterdiği üzere akdi batıl kıldığı dile getirilmiştir.<sup>76</sup> Hanefî hukukçulara göre eğer beşinci eşin nikahı diğerleriyle birlikte tek akitte kıyılmış ise hepsinin, diğerlerinden ayrı bir akit ile kıyılmış ise beşinci eşin nikahı batıl olur.<sup>77</sup> Benzer şekilde iki kız kardeşten biri ile nikah bağı bulunmadığında diğeri ile nikah akdinin yapılmasının akde herhangi bir olumsuz etkisi yokken, tek akitle ikisiyle nikah akdi yapılması ya da biriyle nikah bağı varken ayrı bir akitle diğeriyle nikah akdi yapılması yasaklanmış ve böyle bir durumun ilgili nasların da gösterdiği üzere akdi batıl kıldığı dile getirilmiştir.<sup>78</sup> Bu durum kan kardeşliğinin dışında süt kardeşliği için de geçerli kabul edilmiştir.<sup>79</sup> Eğer iki kardeşle yapılan nikah ayrı akitler şeklinde kıyıldı ise ikinci akit, tek akitle gerçekleşmişse akdin tamamı yani her iki kardeş için de akit batıl olur.<sup>80</sup> Aynı durum bir kadının teyze ve halasıyla birlikte nikahlanmasında da geçerlidir.<sup>81</sup>

Verilen örneklerde tek başlarına akde konu edilmeleri câizken birlikte bulunmaları durumunda yasaklığın gündeme gelmesi söz konusudur. Burada Hanefî hukukçular akdin bölünmezliği ilkesini; ayrı akitler bulunması durumunda son akit için, tek akit bulunması durumunda akdin tamamı için bâtil hükmünü vererek işletmişlerdir.

2. Akde konu olmaları hem tek başlarına hem de diğerleriyle birlikte yasaklanmış olanlar: Burada tek başlarına olsalar da yasaklanmamış olanlarla birlikte bulunsalar da akde konu olmaları yasaklanmış şeyler söz konusudur.<sup>82</sup> Hanefî hukukçular tarafından akdin bölünmezliği ilkesi gözetilerek bununla ilgili durumlar çözülmeye çalışılmıştır. Bunu yaparken onlar birleştirilen şeylere dair tek bir fiyatın verilmesi ile birleştirilen şeyler için ayrı ayrı fiyat belirtilmesi durumunu ve akde konu olması sakıncalı görülen kısma ait yasaklığın mahiyetini dikkate almışlardır. Buna göre hür ile kölenin, içki ile meyve suyunun, usulüne uygun kesilmiş olanla leşin bir araya getirilmesi şeklinde fikhî açıdan muteber bir mal olan ve olmayan şeyler tek bir akitte birleştirilirse ve her birisinin bedeldeki payı açıklanmamışsa akit asla kurulmuş olmaz. Bu konuda icma vardır. Eğer her birisinin bedeli ayrı ayrı açıklanmışsa Ebû Hanîfe'ye göre yine akit kurulmuş olmaz. İmameyn'e göre ise köle, meyve suyu, usulüne uygun kesilmiş hayvan hakkında akit kurulmuş olurken hür, içki ve leş için akit batıl olur. Köle ile müdebberin, ümmü veledin veya mükâtebin; kendi kölesi ile başkasının kölesinin bir akitte birleştirilmesi durumunda bedelleri belirtilsin ya da belirtilmesin kişinin kendi kölesi için akdin caiz oluşunda üç imam arasında ihtilaf yoktur.<sup>83</sup> İmam Züfer'e göre ise müdebber, mükâteb ve ümmü veledin

<sup>76</sup> eş-Şeybânî, *el-Asl*, X, 268; eş-Şeybânî, *el-Hucce*, III, 396-397; Kudûrî, *et-Tecrid*, IX, 4284, 4438; el-Mevsîlî, *el-İhtiyâr*, III, 99; el-Kâsânî, *Bedâ'î u's-Sanâ'î*, II, 311.

<sup>77</sup> eş-Şeybânî, *el-Asl*, X, 268; eş-Şeybânî, *el-Hucce*, III, 396-397; Kudûrî, *et-Tecrid*, IX, 4438; el-Mevsîlî, *el-İhtiyâr*, III, 99; el-Kâsânî, *Bedâ'î u's-Sanâ'î*, II, 311.

<sup>78</sup> eş-Şeybânî, *el-Asl*, IV, 363; el-Ceşşâs, *Şerhu Muhtasari't-Tahâvî*, s. 317, 329-330; Kudûrî, *et-Tecrid*, IV, 2036; es-Serahsî, *el-Mebsût*, IV, 201; 'Alâ'uddîn es-Semerqandî, *Tuhtetu'l-Fukahâ*, II, 125-126; el-Kâsânî, *Bedâ'î u's-Sanâ'î*, II, 262-263; ez-Zeyla'î, *Tebyînu'l-Hakâik*, s. 103-104.

<sup>79</sup> eş-Şeybânî, *el-Asl*, IV, 373, 376.

<sup>80</sup> el-Ceşşâs, *Şerhu Muhtasari't-Tahâvî*, s. 306, 329-330; Kudûrî, *et-Tecrid*, IV, 2036; es-Serahsî, *el-Mebsût*, IV, 201; 'Alâ'uddîn es-Semerqandî, *Tuhtetu'l-Fukahâ*, II, 121-26; el-Kâsânî, *Bedâ'î u's-Sanâ'î*, II, 262-263; ez-Zeyla'î, *Tebyînu'l-Hakâik*, s. 103-104.

<sup>81</sup> el-Ceşşâs, *Şerhu Muhtasari't-Tahâvî*, s. 330; el-Kâsânî, *Bedâ'î u's-Sanâ'î*, II, 262-263.

<sup>82</sup> *el-Mevsû'atü'l-fikhiyye*, "Safka" maddesi.

<sup>83</sup> eş-Şeybânî, *el-Asl*, II, 433; Kudûrî, *et-Tecrid*, V, 2553; es-Serahsî, *el-Mebsût*, XIII, 3-4; el-Kâsânî, *Bedâ'î u's-Sanâ'î*, V, 145-146; ez-Zeyla'î, *Tebyînu'l-Hakâik*, IV, 60; Bedruddîn el-'Aynî, *el-Binâye*, VIII, 193.

özgürlüğe kavuşma hakları sabit olduğundan dolayı icap fâsid olduğu için akit caiz değildir.<sup>84</sup> Serahsî, fâsid ile birlikte bulunma halinin sonradan anlaşılması durumunda da mezhep içi ayrışmanın yukarıdaki gibi olduğunu söylemektedir. Nitekim bir kişi iki küp sirke satın alsa ve bunlardan birisinin içki olduğu anlaşılrsa zikredilen hükümler söz konusu olacaktır.<sup>85</sup>

Görüldüğü üzere Hanefî hukukçular tarafından akde konu olması açısından helal ile haramın birleştirilmesi durumunda birleştirilen şeylere ait tek bir fiyat verilmişse belirsizlik ve bilinmezlik yoluyla haramın helale karışmasının önüne geçmek için akdin bölünmezliği ilkesi gözetilerek ittifakla helal ve haram kısımlarının tamamını kapsayacak şekilde akit batıl kabul edilmiştir. Helal ve haram kısımlarının fiyatlarının ayrı ayrı belirtilmiş olması durumunda ise akdin hükmünün ne olacağı konusunda Hanefî hukukçular arasında ihtilaf ortaya çıkmıştır.

Bahsi geçen ihtilafın bir tarafında yer alan İmameyn'e göre zikredilen örneklerde olduğu gibi fesâdı gerektiren illetin bulunduğu şey ile böyle bir vasfı olmayan şey bir arada bulunduğu fâsidliğin bu illeti taşıyan durumla sınırlı tutulması gerekir. Onlara göre başlangıç ve devam açısından fesat illeti barındıran ile barındırmayanların her biri diğerinden bağımsızdır ve birinin diğerine ayrılmaz bir şekilde tabi olması ya da ikisinin tek bir şey olması durumu hariç -ki bunlar zikredilen örneklerde söz konusu değildir- fesâd illeti taşıyan ile mütekavvim mal ayrı hükümlere tabi olmalıdır.<sup>86</sup> Satıcının zarara uğratılmaması amacıyla icabın bölünemeyeceği ve kabulün bir olması gerektiği şartı akdin her iki konusuna dair icabın sahih olması durumuyla ilgili olup burada böyle bir durum yoktur; zira zikredilen durumlarda icapta yer alan konulardan birisinin akde konu olması sahih iken diğerinin akde konu olması yasaklanmıştır.<sup>87</sup> Bedelin bilinmemesinden kaynaklanacak fesâd da her birinin bedelinin açıklanmasıyla giderilmiştir.<sup>88</sup> İmameyn bu gerekçelerle akdin bölünmezliği ilkesini işletmemiş, akde konu olması yasaklanmış olan kısım için akdi batıl kılıp yasaklanmayan kısım için akdi sahih kabul ederek akdin bölünmesinde bir sakınca görmemiştir.

Ebû Hanîfe ise akdin bölünmezliği ve buna bağlı olarak icabın kabul ile bölünemeyeceği ilkelerine dayanarak akdin bir kısmının batıl olmasıyla tamamının batıl olacağı sonucuna ulaşmıştır.<sup>89</sup> Ona göre akit lafzının, satıcının ve müşterinin bir olması, akdin bütünlüğünü/bölünmezliğini göstermektedir. Bedelde bölmenin bulunması, akdin bütünlüğüne engel değildir. Fesâd içeren kısımlarında akdin fâsid olduğu, onların akde mahal olamayacağı konusundaki kesin bilgi ile sabittir. Akdin bölünmezliği ve hem sahih hem fâsid olmasının imkansızlığı sebebiyle diğer kısmın sahih olması da düşünülemez.<sup>90</sup> Akit fâsid şartla birlikte bulunduğu kendisi de fâsit olabildiği gibi akde mahal olmayacak bir şeyle birlikte bulunma akde mahal olabilecek şeyin de fesadını gerektirmektedir.<sup>91</sup> Ebû Hanîfe, bu gerekçelerle akdin bölünmezliği

<sup>84</sup> es-Serahsî, *el-Mebsût*, XIII, 4; ez-Zeyla'î, *Tebyînu'l-Hakâik*, IV, 60; Bedruddîn el-'Aynî, *el-Binâye*, VIII, 194.

<sup>85</sup> es-Serahsî, *el-Mebsût*, XIII, 3; ayrıca bk. eş-Şeybânî, *el-Asîl*, II, 433.

<sup>86</sup> es-Serahsî, *el-Mebsût*, XIII, 3-4; el-Kâsânî, *Bedâ'î u's-Şanâ'î*, V, 145; ez-Zeyla'î, *Tebyînu'l-Hakâik*, IV, 60; Bedruddîn el-'Aynî, *el-Binâye*, VIII, 194.

<sup>87</sup> es-Serahsî, *el-Mebsût*, XIII, 3-4.

<sup>88</sup> el-Kâsânî, *Bedâ'î u's-Şanâ'î*, V, 145; ez-Zeyla'î, *Tebyînu'l-Hakâik*, IV, 60.

<sup>89</sup> Kudûrî, *et-Tecrid*, V, 2553; es-Serahsî, *el-Mebsût*, XIII, 3-4; el-Kâsânî, *Bedâ'î u's-Şanâ'î*, V, 145; ez-Zeyla'î, *Tebyînu'l-Hakâik*, IV, 60.

<sup>90</sup> el-Kâsânî, *Bedâ'î u's-Şanâ'î*, V, 145.

<sup>91</sup> Kudûrî, *et-Tecrid*, V, 2553; ez-Zeyla'î, *Tebyînu'l-Hakâik*, IV, 60; Bedruddîn el-'Aynî, *el-Binâye*, VIII, 194.



ilkesini işletmiş, bedeller ayrı ayrı zikredilmiş olsa da akde konu olması yasaklanan bir kısmın bulunmasını akdin tamamının bâtil olması için yeterli görmüştür.

Burada köle ile müdebberin, ümmü veledin veya mükâtebin; kendi kölesi ile başkasının kölesinin bir akitte birleştirilmesi durumunda kişinin kendi kölesi için akdin caiz oluşunun nasıl olduğu konusu ve akdin bölünmezliği ilkesi ile ilişkisi gündeme gelmektedir. Yukarıdaki açıklamalardan da anlaşılacağı üzere buradaki durum önceki durumdan biraz farklı bir şekilde değerlendirilmiş, Züfer hariç diğer üç imam tarafından bedeller ayrı ayrı belirtilsin ya da belirtilmesin akde konu olması yasaklanmamış kısım için akdin geçerliliği kabul edilmiştir; yani akdin bölünmesine karşı çıkmamıştır. Üç imamın yaklaşımına dair Hanefî fakihler tarafından farklı gerekçeler zikredilmiştir. Nitekim Kudûrî'ye göre müdebber, mükâteb ve ümmü veled ile birleştirilerek yapılan akitteki fesâd hâkimin hükmü ile kaldırılabilirdi için akdin tamamının batıl olması gerekmez.<sup>92</sup> Serahsî'ye göre burada akde konu olanlar köle ve mütekevrim olmaları itibariyle akde dahil olmuşlar, sonra akdin konularından biri kendisi üzerinde hak sahibi olmuştur; bu, satışa çıkan iki köleden biri için bir başkasının sahiplik hakkının ortaya çıkması durumunda diğer köle için akdin devam ettirilmesi gibidir. Ayrıca ona göre her üçünün kendisini kendisine satışının caiz oluşu, müdebber kölenin satışına hakim hükmü ile satışın geçerli oluşu, mükâtebin kendisinin rızasıyla efendisinin onu başkasına satmasının güçlü görüşe göre caiz oluşu, ümmü veledin hâkimin hükmü ile satışının Ebû Hanîfe ve Ebû Yûsuf'a göre geçerli olması (İmam Muhammed'e göre geçerli değildir) bunların akdin konusuna dahil olduklarını ve sonra akdin haricine çıktıklarını, dolayısıyla bunlarla birlikte yapılan köle ya da câriye satışının geçerli olacağını göstermektedir.<sup>93</sup> Kâsânî, zikredilenlerin fesâd illeti taşımasının yakinen değil ictihad yoluyla bilinmesinden dolayı kendileri için akit geçerli olmasa da birlikte buldukları şeyler için akdin sahih oluşuna engel olmayacaklarını ifade eder. O, kendisinde akdi geçerli saymayıp kendisi ile birlikte bulunanda geçerli saymanın icap ile kabul arasında akdin bölünmesine götürdüğünü ve bunun caiz olmadığını, ancak bunların satıcının kölesi olması sebebiyle hâkim kararıyla yürürlüğe girme ihtimali bulursa da satışları yürürlüğe girmeksizin icap karşısında kabule mahal olabileceğini, dolayısıyla icabın kabul ile bölünmesi yoluyla gerçekleşen akdin bölünmesinin bu şekilde ortadan kalktığını söylemektedir.<sup>94</sup> Bu gerçeklerle üç imam, zikredilenler arasında akde konu olmaları yasaklanmamış kısmın geçerliliğini onaylayarak akdin bölünmesine müsaade etmiş olmaktadır. Züfer ise "müdebber, mükâteb ve ümmü veledin özgürlüğe kavuşma hakları sabit olduğundan dolayı icap fâsid olduğu için akit caiz değildir" yaklaşımıyla durumu köle ile hürün satışına benzetmiş ve akdin bölünmezliği ilkesini işletmiştir.

Görüldüğü üzere verilen örneklerde hem tek başlarına hem de yasaklanmamış şeylerle birlikte akde konu olmaları yasaklanmış şeylerin, akde konu olmaları yasaklanmamış şeylerle birlikte bulunmaları durumunda bunların akdin bölünmezliği ilkesi üzerinden akde tesirleri incelenmektedir. Hanefî hukukçular tarafından haramlığı yakinen bilinen ve akit esnasında kendileri için ayrı bir fiyat tespit edilmeyenler açısından akdin bölünmezliği ilkesi işletilerek

<sup>92</sup> Kudûrî, *et-Tecrid*, V, 2553.

<sup>93</sup> es-Serahsî, *el-Mebsût*, XIII, 4-5; ayrıca bk. eş-Şeybânî, *el-Asl*, II, 433.

<sup>94</sup> el-Kâsânî, *Bedâ'î u's-Şanâ'î*, V, 145-146.



akit ittifakla onaylanmamıştır. Kesin olarak yasaklanmış şeylerin kendileri için ayrı bir fiyat tespit edilmiş olması durumunda akdin bölünmezliği ilkesiyle hareket edilerek yine akdin batıl kılınması veya bu ilke ile çelişki olmadığı düşünülerek akde yasaklanmamış kısım için onay verilmesi şeklinde iki yaklaşım ortaya çıkmıştır. Akde konu olmaları ictihad yoluyla yasaklanmış ve kesin olarak yasaklıkları bilinmeyen şeyler için ise akdin bölünmezliği ilkesi işletilmeden yasaklanmamış kısım için akdin onaylanması Züfer dışındaki üç imamın yaklaşımı olarak tezahür etmiştir.

Hanefî hukukçuların akdin bölünmezliği ilkesi çerçevesinde akde konu olmaları birleştirme yoluyla ya da doğrudan yasaklanmış şeylerin sahih ve helal olanlarla karışmasının önlenmesi, akitte söz konusu olabilecek bir belirsizlikle haramın helale karışma ihtimalinin ortadan kaldırılması, helalin harama alet edilmesine mâni olunması, haramın yaygınlaşmasının önüne geçilmesi gibi gayelerle hareket ettiği anlaşılmaktadır. Buradaki hassasiyetin sahih bir hukuk düşüncesinin yanında ilahî yasakların ihlal edilmesinin önüne geçme, taraf iradelerinin ilâhî iradeyi aşma girişimlerini etkisiz kılma ve hatta cezalandırma endişesiyle ilgili olduğu söylenebilir.

## 2. Birleştirilmeleri Câiz Olanların Birleştirilmeleri

Birleştirilmeleri câiz olan şeylerde akit esnasında ve sonrasında oluşan bazı durumlar sebebiyle birleştirmede izlenen yol akdin bölünmezliği ilkesi çerçevesinde ilgili meselelerin çözülmesinde önem arz eder hale gelmektedir. Bu açıdan bakıldığında birleştirmenin iki şekilde olabileceği söylenebilir. Bunlar “cinsleri farklı olan ya da cinsleri aynı olup kıymetleri farklı olan şeylerin birleştirilmesi” ve “cinsleri ve kıymetleri bir olan şeylerin birleştirilmesi” şeklinde ele alınabilir.

1. Cinsleri farklı olan ya da cinsleri aynı olup kıymetleri farklı olan şeylerin birleştirilmesi: Burada akdin sahih bir şekilde ortaya çıkabilmesi için genel olarak bedelin akde konu olan fertlerin sayısına değil kıymetlerine göre dağıtılması gerekir. Zira burada kıymetli mallar söz konusudur.<sup>95</sup> Bu yapılamıyorsa ve belirsizlik ortaya çıkıyorsa akdin bölünmezliği ilkesi işletilir.

Örneğin bir kişi içinde 50 parça elbise bulunan zütti türünde kumaştan bir dengi ya da herevî türünde kumaştan bir çuvalı 1000 dirheme satın alsa, ancak denk ya da çuvalı açtığında 49 ya da 51 elbise bulsa satım akdi fâsid olur.<sup>96</sup> Çünkü satın alınan elbisenin fazla olması durumunda her kumaşın değeri farklı olduğu için geri verilecek fazlanın hangi parça olduğunun, dolayısıyla hangi 50'nin akdin konusu olduğunun bilinmemesi ve satıcı değerli olanın alıcı ise değersiz olanın fazlalık olduğu iddiasında bulunacağından nizaa yol açacak olması sebebiyle akit bütünüyle fâsid olur. Satın alınan elbisenin eksik çıkması durumunda ise eksik kumaşın değeri bilinmeyeceği için kalanın bedelinin de bilinmemesi sebebiyle akit bütünüyle fâsid olur.<sup>97</sup> Her bir elbise 10 dirheme olacak şekilde bir belirleme yapılmışsa, o zaman alıcı 51 elbise bulsa hangi elbisenin geri verileceğinin bilinmemesi, bunun da mebiin bilinmemesine neden

<sup>95</sup> *el-Mevsû'atü'l-fikhiyye*, “*Safka*” maddesi.

<sup>96</sup> eş-Şeybânî, *el-Asîl*, II, 432, 475; es-Seraḥsî, *el-Mebsût*, XIII, 2.

<sup>97</sup> es-Seraḥsî, *el-Mebsût*, XIII, 2; İbn Mâze, *el-Muḥîṭu'l-Burhânî*, VI, 374.

olması sebebiyle yine akit fâsid olur.<sup>98</sup> Ancak alıcının 49 elbise bulması durumunda ise teslim almış olsun ya da olmasın akit caizdir; çünkü mevcut olan elbise de bedel de bellidir (yani 49 elbiseye karşılık 490 dirhem şeklinde); ancak söylenen sayıdan az elbise çıkması yoluyla akdin bölünmesi söz konusu olduğu için alıcı muhayyerlik hakkına sahiptir; dilerse her bir elbise için söylenen fiyattan 49 elbiseyi alır, dilerse akitten vazgeçer. Hanefî meşâhiyin çoğunluğuna göre bu görüş İmâmeyn'e ait olup Ebû Hanîfe'ye göre akdin konusu eksik olduğu için akdin tamamı fâsiddir.<sup>99</sup> Serahsî, fâsid görüşünün bütün imamların görüşü olduğu kanaatindedir.<sup>100</sup> Verilen örnekte cins birliği olmakla birlikte fertleri kıyemî olan toplu bir satış söz konusudur. Burada Hanefî hukukçular bedeli her bir fert için bölünebilir olup müşterinin fertleri akitte konuşulandan eksik bulması durumu hariç diğer şıklarda akdin bölünmezliği ilkesini işletmişler, eksik ya da fazla bulunması durumunda akdin bölüneceği gerekçesiyle akdi ittifakla fâsid kabul etmişlerdir. Bedeli her bir fert için bölünebilir olup müşterinin fertleri akitte konuşulandan eksik bulması durumunda ise ihtilâf edilmiş (bu konuda ihtilâfın bulunduğu görüşü esas alınır), Ebû Hanîfe burada da akdin bölünmezliği ilkesini işleterek akdi fâsid kabul etmiştir. İmâmeyn ise akdin bölünmezliği ilkesini işletmemiş ve akdin bölünerek mebûin bir kısmı üzerinde gerçekleşebileceği sonucuna varmıştır.

Cinslerin farklı olması durumunda önceki örnekteki ihtilafın buraya da yansıdığı görülür. Örneğin bir kişi fiyatları belirtilmiş iki herevî türde kumaş satın alsa, ancak bunlardan birisi mervî türde kumaş olsa Ebû Hanîfe'ye göre akdin tamamı fâsid olur. Zira akdin konusu istenen cinsten olmadığı için akdin bölünmezliği esasına göre akit fâsid olmalıdır. İmâmeyn'e göre ise herevî olan kumaş için akit câizdir; zira fesâd illeti herevî kumaşta bulunmamaktadır.<sup>101</sup> Burada da önceki örnekteki gibi fesâd illetinin akdin diğer unsuruna sirayet ettirilip ettirilmeyeceği konusu üzerinden akdin bölünmezliği ilkesi işletilmiş ve iki farklı görüş ortaya çıkmıştır.

2. Cinsleri ve kıymetleri bir olan şeylerin birleştirilmesi: Burada akdin sahih bir şekilde ortaya çıkabilmesi için bedelin akde konu olan fertlerin sayısına/akdin konusunun cüzlerine dağıtılabilmesi genellikle yeterlidir. Zira burada mislî mallar söz konusudur.<sup>102</sup> Bu yapılamıyorsa ve belirsizlik ortaya çıkıyorsa akdin bölünmezliği ilkesi işletilir.

Hanefî hukukçulara göre keylî (ölçeğe tabi), veznî (tartıya tabi) ya da fertleri arasında fark bulunmayan şeylerden (adediyyât-ı mütekâribe) olanların ölçüsü, tartısı ya da sayısı ve bir biriminin bedeli belirtilerek yapılan akitlerde akitte konuşulandan eksik ya da fazla olması durumunda birim fiyat üzerinden denkleştirmeye gidilir. Buna göre bir kişi belirli bir bedel üzerinden 50 ölçek bir buğday yığını satın alsa, her ölçeğin fiyatı ister belirtilsin ister belirtilmesin eksik ya da fazla çıksa akit caiz olur. Zira bedel, mebûin birimleri arasında fark olmadığı için 50'ye bölünerek her bir birimin fiyatı bulunabilir. Aynı şekilde 5000 adet ceviz var denilerek bir çuval ceviz satın alınsa sayı az ya da çok çıksa da akit caiz olur. Zira bedel ile adet arasında

<sup>98</sup> es-Serahsî, *el-Mebsût*, XIII, 2.

<sup>99</sup> Kudûrî, *et-Tecrîd*, V, 2554-2555; es-Serahsî, *el-Mebsût*, XIII, 2; İbn Mâze, *el-Muhtâtu'l-Burhânî*, VI, 374.

<sup>100</sup> es-Serahsî, *el-Mebsût*, XIII, 2-3.

<sup>101</sup> es-Serahsî, *el-Mebsût*, XIII, 2-3; el-Merğînânî, *el-Hidâye*, III, 26; İbn Mâze, *el-Muhtâtu'l-Burhânî*, VI, 374; ez-Zeyla'î, *Tebyînu'l-Hakâik*, s. 8; Mollâ Hüsrev, *Dureru'l-Hukkâm*, II, 149-150.

<sup>102</sup> *el-Mevsû'atü'l-fikhiyye*, "Safka" maddesi.

bölme yapılarak eksiklik ve fazlalığa dair denkleştirmeye gidilebilir.<sup>103</sup> Verilen örneklerde de görüldüğü üzere misli mallarda eksik ya da fazla çıkan kısımlar için herhangi bir bilinmezlik olmadığı için rızanın zedelenmeyeceği düşünülerek akdin bölünmezliği ilkesi işletilmemiş, mevcut kısım için bedelde denkleştirmeye gidilerek akdin cevazına hükmedilmiştir.

Hanefî hukukçular birleştirilmesi câiz olanlar özelinde akdin bölünmezliği ilkesini işletirken bilinmezlik üzerinden oluşacak rızanın sakatlanması, taraflar arası ve edimler arası denge nin bozulması, akit sürecinde ya da sonrasında nizaa yol açması gibi durumları göz önünde bulundurmuşlardır. Zikredilen durumlarla ilgili bir sorunun çıkacağı düşünüldüğünde akdin bölünmezliği ilkesi işletilerek önlem alınmaya çalışılmıştır.

## SONUÇ

Hanefî hukukçular nezdinde akdin bölünmezliği ilkesi, hem Şâri'in iradesi hem de Şâri'in koyduğu ölçüler içinde taraf iradelerinin korunmasında ve akitler özelinde yürürlüğe konulmasında kullanılan önemli ilkelerden biri olarak görülmüştür. Hanefî hukukçular, bu ilkeyi kendi hukuk anlayışları içerisinde anlamış ve hukukî meseleler bağlamında yine kendi hukuk anlayışları çerçevesinde yürürlüğe koymuşlardır.

Akdin bölünmezliği ilkesi işletilirken ilâhî hükümlere ve akitlerin tip özelliklerine öncelik verilmiş, bunu takiben tarafların rızasının gözetilmesi ve saygınlığının korunması merkezî bir konuma yerleştirilmiştir. Ayrıca bir kısmı rızanın korunması hedefinde birleşen birçok gayenin de gözetildiği anlaşılmaktadır. Belirsizliğin önlenmesi, karşılıklı edimler dengesinin kurulması, karışıklık ve nizaa sebebiyet verecek durumlardan kaçınılması, tarafların arzuladıkları ya da ticarî örfün sağladığı faydaların temininin sağlanması, tarafların zarara uğramasına sebebiyet verilmemesi, akitlerin parçalanması önlenerek oluşabilecek sorunlara karşı önlem alınması, yasaklanmış şeylerin sahih ve helal olanlarla karışmasının önlenmesi veya bu ihtimalin ortadan kaldırılması, yasakların ihlal edilmesine engel olunması bu gayeler arasında zikredilebilir.

Hanefî hukukçular genelde akdin bölünmezliği ilkesini işleterek akitte bölünmeyi önlemeye çalışmışlardır. Bununla birlikte akdin bölünmezliği ilkesi bağlamında mezhep içinde uygulamada ihtilafların bulunabildiği, ilkenin farklı bağlam ve şartlara göre farklı şekillerde işletilebildiği, her durum için akdin bütünlüğünün korunması şeklinde mutlak bir duruş yerine esnek bir tavrın takınıldığı görülmektedir. İlkenin işletilmesine dair mezhep imamlarının tercihleri, sonraki Hanefî hukukçular tarafından gerekçelendirilmekte ve yer yer farklı izahlar ortaya konulabilmektedir.

Yukarıdaki örneklerden hareketle genellikle Ebû Hanife'nin İmameyn'e göre akdin bölünmezliği ilkesi işletilerek akdin bölünmesine izin verilmemesi yönünde daha çok tercihte bulunduğu söylenebilir. Mezhep içinde akdin bölünmezliği ilkesi genel kabul görmüş olsa da ilke işletilirken imkânsızlık durumlarının, zaruret hallerinin, insanların gaye ve örflerinin ve ticarî uygulamaların da dikkate alınarak gerekli yerlerde ilkenin esnetildiği de anlaşılmaktadır.

<sup>103</sup> es-Serağsî, *el-Mevsûât*, XIII, 3.

Hanefî hukukçuların akdin konusunun, bedelin veya tarafların teorik olarak ayrıştırılabileceği ve karışıklığın önlenebileceği bazı durumlarda dahi akdin bölünmezliği ilkesini işleterek akdi onaylamamaları dikkat çekicidir. İlk bakışta kuralcılık olarak anlaşılacak bu yaklaşımlar, sadece teorik mülâhazalarla değil gerçek hayatın işleyişinin ve oradaki tehlike ya da beklentilerin fark edilerek teori ile birleştirilmesinin bir neticesi olarak görülmelidir.

Hanefî hukukçular nezdinde akdin bölünmezliği ilkesi, sadece bağlayıcı akitlerde değil hemen her akit türünün farklı meselelerinde gündeme gelebilmektedir. Akit teorisi açısından akdin korunması gereken kısımları ile vaz geçilebilir olan kısımları bağlamında bu ilke geniş bir uygulama alanı üzerinden imkânlar sunmaktadır.

Akdin bölünmezliği ilkesi çerçevesinde Hanefî hukukçuların görüş ve uygulamaları, arka planda sürekli korumaya çalıştıkları hukuk ve ahlak düzeninin bir uzantısı olarak düşünülmelidir. Akdin bölünmezliği ilkesinin söz konusu düzenin kavranması açısından önemli ipuçları içerdiği söylenebilir.

## KAYNAKÇA

- ‘Abdulğani el-Meydâni, ‘Abdulğani b. Tâlib b. Hammâde b. İbrâhîm el-Ğanîmi ed-Dimeşkî el-Meydâni el-Ħanefî. *el-Lubâb fî Şerhi'l-Kitâb*. nşr. Muhammed Muhyiddîn ‘Abdulhamîd. 4 Cilt. Beyrut: y.y., ts.
- ‘Abdurrahmân Şeyhîzâde, ‘Abdurrahmân b. Muhammed b. Suleymân Dâmâd Efendî. *Mecma‘u'l-Enhur fî Şerhi Multeka'l-'Ebhur*. 2 Cilt. Beyrut: Dâru ‘İhyâi't-Turâşi'l-'Arabî, ts.
- Alâ'uddîn el-Ħaşkefî, Alâ'uddîn Muhammed b. ‘Alî b. Muhammed el-Ħaşkefî ed-Dimeşkî. *ed-Durru'l-Muhtâr Şerhu Tenviri'l-Ebsâr ve Câmi'i'l-Bihâr*. nşr. ‘Abdulmun‘im Ħalîl İbrâhîm. y.y., 1423/2002.
- ‘Alâ'uddîn es-Semerqandî, Ebûbekir Muhammed b. AĦmed b. Ebî AĦmed. *TuĦfetu'l-FuĦahâ'*. Beyrut: Dâru'l-Kutubi'l-'İlmiyye, 1414/1994.
- Aydın, Ahmet. “Serahsî'nin Mebsût Adlı Eserinin Nikah ve Talak Bölümlerinde ‘Bölünme’ Kavramı ve ‘Parça-Bütün’ İlişkisi”, *EKEV Akademi Dergisi - Sosyal Bilimler -*. XX/65 (2016): s.57-80.
- el-Bâbertî, Ebû ‘Abdullâh Muhammed b. Muhammed b. MaĦmûd. *el-‘Inâye fî Şerhi'l-Hidâye*. 10 Cilt. Beyrut: Dâru'l-Fikr, ts.
- Bedruddîn el-‘Aynî, Ebû Muhammed MaĦmûd b. AĦmed. *el-Binâye Şerhu'l-Hidâye*. 13 cilt. Beyrut: Dâru'l-Kutubi'l-'İlmiyye, 1420/2000.
- el-Ceşşâs, Ebû Bekir AĦmed b. ‘Alî er-Râzî. *Şerhu MuĦtaşari't-‘Tahâvî*. nşr. ‘İsmetullâh ‘Inâyetullah Muhammed vd. Beyrut: Dâru'l-Beşâ'ir, 1431/2010.
- Enver Selim, İsam, *‘Ademü teczietî'l-'akd fî ş-şerî'atî'l-İslâmiyye ve'l-kânûn*. (Matbu Doktora Tezi). İskenderiye: Münşetü'l-Maârif, 2007.
- el-Ferğânî, Ħasen b. Mansûr el-Üzcendi. *Fetâvâ KâđîĦân*. y.y., ts.
- el-Ħaddâdî, Ebûbekir b. ‘Alî b. Muhammed el-Yemenî el-Ħanefî. *el-Cevheretu'n-Neyyira ‘alâ MuĦtaşari'l-Ħudûri*. 2 Cilt. y.y.: el-MaĦba‘atu'l-Ħayriyye, 1322H.
- İbn ‘Âbidîn, Muhammed Emin b. ‘Omer b. ‘Abdil‘aziz el-Ħuseynî ed-Dimeşkî. *Reddu'l-Muhtâr ‘alâ'd-Durri'l-Muhtâr*. 6 cilt. 2. Baskı, Beyrut, 1412/1992.
- İbn Mâze, Ebu'l-Me‘âlî MaĦmûd b. AĦmed b. Abdulaziz b. ‘Omar b. Mâze el-Ħanefî. *el-MuĦtârü'l-BurĦânî fî'l-FikĦi'n-Nu‘mânî*. nşr. ‘Abdulkerîm Sâmi el-Cundî. 9 Cilt. Beyrut: Dâru'l-Kutubi'l-'İlmiyye, 1424/2004.
- İbn Nuceym, Zeynuddîn b. İbrahim b. Muhammed el-Mısrî. *el-BaĦru'r-Râik Şerhu Kenzi'd-DaĦâik ve MinĦatü'l-Ħâlîk ve Tekmiletu't-Tûri*. 8 Cilt. y.y.: Dâru'l-Kitâbi'l-İslâmî, ts.
- İbnu's-ŞiĦne, Ebu'l-Velîd AĦmed b. Muhammed b. Muhammed es-Şekâfî el-Ħalebî. *Lisânu'l-Ħukkâm fî Ma‘rifeti'l-'AĦkâm*. Kahire: el-Bâbi'l-Ħalebî, 1393/1973.
- İnanır, Ahmet. “İslâm Hukuk Düşüncesinde Bileşik (Mürekkep) Mâli Sözleşmeler”. *International Journal Of Islamic Economics And Finance Studies*. S. 3/1 (Mart 2017): (s.7-39).
- Karakaya, Hüseyin. *İslam Borçlar Hukukunda Akit Hürriyeti*. İstanbul: Kitap Dünyası Yayınları, 2022.
- el-Kâsânî, ‘Alâ'uddîn Ebûbekir b. Mes‘ûd b. AĦmed el-Ħanefî. *Bedâ'i‘u's-Şanâ'i‘ fî Tertîbi's-Şerâ'i‘*. 7 Cilt. Beyrut: Dâru'l-Kutubi'l-'İlmiyye, 1406/1986.
- Ħudûri, Ebû'l-Ħuseyn AĦmed b. Ebî Bekr Muhammed b. AĦmed el-Ħudûri. *er-Tecrid*. nşr. Muhammed AĦmed Serrâc, ‘Alî Cum‘a Muhammed. 12 Cilt. Ħâhire, 1427/2006.
- el-Merğânî, Ebu'l-Ħasen ‘Alî b. Ebûbekr el-Ferğânî. *el-Hidâye fî Şerhi Bidâyeti'l-Mubtedî*. nşr. Tâllâl Yûsuf. 4 Cilt. Beyrut: Dâru İhyâ'i't-Turâşi'l-'Arabî, ts.

- el-Mevsîlî, Ebu'l-Fađl 'Abdullâh b. Maĥmûd el-Ĥanefî. *el-İĥtiyâr li Ta'îlî'l-Muĥtâr*. nşr. 'Abdullaţîf Muĥammed 'Abdurrahmân. 5 Cilt. Beyrut: Dâru'l-Kutubi'l-'İlmiyye, 1426/2005.
- el-Mevsû'atü'l-fikhiyye*, Heyet. "Safka", C. 27, 42-44, Kuveyt: Vizâretü'l-Evkâf ve's-Şuûni'l-İslâmiyye, 1983/1404.
- Mollâ Ĥusrev, Muĥammed b. Ferâmerz b. 'Alî. *Dureru'l-Ĥukkâm Şerĥu Ğureri'l-'Aĥkâm*. 2 Cilt. Beyrut: Dâru 'İĥyâi'l-Kutubi'l-'Arabîyye, ts.
- Oktay, Saibe, "İsimsiz Sözleşmelerin Geçerliliği, Yorumu ve Boşluklarının Tamamlanması". *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, S. LV/1-2 (1996): (s. 263-296).
- Özdirek, Recep. *İslam Hukukunda Akdın Sınırları*. İstanbul: Yedirenk, 2010.
- Samar, Mahmut. *İslâmi Finans Ürünlerinde Akitlerin Birleştirilmesi*. İstanbul: Hikmetevi Yayınları, 2019.
- es-Seraĥsî, Muĥammed b. Aĥmed b. Ebî Sehl Şemsü'l-'Eimme. *el-Mevsûf*. nşr. Ĥalîl Muĥyiddîn el-Meyyis, I-XXX, Beyrût, 1414/1993.
- TDV İslâm Ansiklopedisi (DİA). Osman Şahin. C. 35. "Safka", 480-481. İstanbul: TDV İslâm Araştırmaları Merkezi, 2008.
- eş-Şeybânî, Ebû 'Abdullâh Muĥammed b. el-Ĥasen. *el-Asl*. nşr. Muĥammed Boynukalın. 12 Cilt. Beyrut: Dâru İbn Ĥazm, Beyrut.
- eş-Şeybânî, Ebû 'Abdullâh Muĥammed b. el-Ĥasen. *el-Meĥâric fi'l-Ĥiyel*. Kahire: Mektebetu's-Şekâfeti'd-Dîniyye, 1419/1999.
- ez-Zeyla'î, 'Osmân b. 'Alî b. Meĥcen el-Bârî'î Faĥruddîn el-Ĥanefî. *Tebyînu'l-Ĥakâik Şerĥu Kenzi'd-Dakâik ve Ĥâşiyeti's-Şelebt*. Kâĥire: el-Maţba'atu'l-Kubre'l-'Emîriyye, Bulâk, 1313.

• Doç. Dr. Beşir Fatih DOĞAN ve Akif ÖZKAN

**Elektrik Dağıtım Şirketlerinin Kira ve Reklam Geliri Elde Etmesinin Elektrik Piyasası Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi**

The Evaluation of Electricity Distribution Companies' Rent and Advertising Income in Terms of Electricity Market Law

• Dr. Öğr. Üyesi Çidem YORULMAZ

**Meslek Hastalıklarının Önlemeye Yönelik Devletin Yükümlülükleri Kapsamında Liste Yönteminin Etkisi**

The Effect of the List Method Within the Scope of State Obligations to Prevent Occupational Diseases

• Emrah GÖKMEN

**Türk Hukukunda Tek Satıcılık Sözleşmesi ve İslâm Hukuku Açısından Değerlendirilmesi**

Exclusive Distributorship Contract in Turkish Law and its Evaluation in Terms of Islamic Law

• Dr. Öğr. Üyesi Halim Alperen ÇITAK

**Portekiz İdare Hukuku: Anayasal Çerçeve, İdari Usul ve Yargısal Denetim**

Portuguese Administrative Law: Constitutional Frame-Work, Administrative Procedure and Judicial Review

• Doç. Dr. Leyla AKYOL ASLAN

**Dava Şartı Arabuluculuğa Tabi İşçi-İşveren Uyuşmazlıklarında İşveren Tarafından Yetkilendirilen Çalışanın İşvereni Temsil Etmesi**

Representation of the Employer by the Employee Authorized by the Employer in Prerequisite Mediation in Employer - Employee Disputes

• Dr. Temel GÜNER

**İsviçre Federal Mahkemesi İçtihatları Çerçevesinde Ortak ve Alacaklıların Yöneticilerin Mal Varlığından Şirketten Önce Yararlanma İhtimaline Karşı Bir Önlem**

According to Decisions of the Swiss Federal Court a Measure Against the Possibility of Shareholders and Creditors Benefiting from the Assets of the Directors Before the Company

• Doç. Dr. Emel BADUR ve Kutluay HATİPOĞLU

**Elektronik Pazar Yeri Araçılık Sözleşmesi**

Intermediation Contract in Electronic Marketplace

• Dr. Öğr. Üyesi Aydın Alber YÜCE

**Abonman Sigorta Sözleşmelerinin TTK m. 1408 Hükmü Açısından Değerlendirilmesi**

Evaluation Floating Insurance Contracts in Context of Article 1408 of Turkish Commercial Code

• Dr. Duhan KALKAN

**Terörle Mücadele Hukukunda İstihbaratın Yeri**

The Role of Intelligence in Counterterrorism Law

• Emsalgül DOĞAN

**Konkordatonun Tasdiki Sürecinde Gerekçeli Raporun Tevdii ve Tasdik Kararı Verilmesi Bakımından Öngörölmüş Sürelere Uyulmamasının Sonuçları**

Consequences of Non-Compliance with the Peremptory Terms Foreseen for Delivery of the Reasoned Report and Making a Decision in the Approval Process of the Concordat

• Muhammed Halil AYAKLI

**Türk Hukukunda Hâkimin Hukuki ve Cezai Sorumluluğu**

Civil and Criminal Liability of the Judge in Turkish Law

• Dr. Öğr. Üyesi İsmail YILMAZ

**İslam ve Modern Hukuk Ekseninde Savaş Esirleri**

Prisoners of War in Islam and Modern Law

• Dr. Ali Hakan ÇAVUŞOĞLU

**Kitap Üstüne Kitap Koymak: İslam Hukuku Zeyil Edebiyatına Dair Bir Tasnif Denemesi**

Writing a Book on Another Book: An Attempt of Classifying Supplementary (Zayl) Literature on Islamic Jurisprudence Law

• Dr. Fatih ULAŞAN

**Limits and Exclusions of the Right to Life under the European Convention on Human Rights and Turkish Law**

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türk Hukuku Kapsamında Yaşama Hakkının Sınırları ve İstisnaları

• Dr. Ö. Üyesi Ayşe Almla TANRIVERDİ

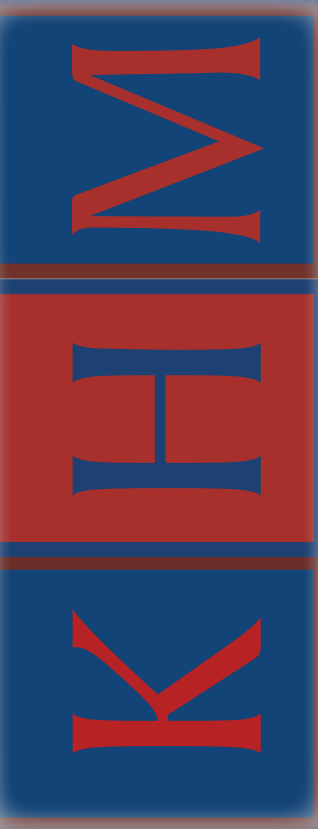
**İdare Hukukunda Gerekçe İlkesi ve Sağladığı Hukuki Koruma**

The Principle of Justification in Administrative Law and the Legal Protection It Provides

• Dr. Adem YIGIN

**Hanefi Hukuk Düşüncesinde Akdin Bölünmezliği İlkesi: Mahiyeti ve Uygulamadaki Yansımaları**

The Principle of Indivisibility of Contract in Hanafi Legal Thought: Its Nature and Reflections in Practice



CILT / VOLUME 3  
SAYI / ISSUE 2