

# SELÇUK ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ

*Selçuk Law Review*



Cilt  
Volume  
30

Sayı  
Number  
4

Yıl  
Year  
2022



# Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi

Selçuk Law Review

ISSN: 1306 – 8075 • E-ISSN: 2548 – 1177

## Yayıncı | Publisher

Selçuk Üniversitesi, 42150, Konya, Türkiye  
Selçuk University, 42150, Konya, Turkey

## Sahibi | Owner

Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi | Selçuk University, Faculty of Law  
Dekan | Dean

Prof. Dr. Haluk Hâdi SÜMER  
hsumer@selcuk.edu.tr

## Baş Editör | Editor-in-Chief

Doç. Dr. Cemil GÜNER

cguner@selcuk.edu.tr  
Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Konya, Türkiye  
Selçuk University, Faculty of Law, Konya, Turkey

## Editörler | Editors

Dr. Öğr. Üyesi Sezin ÖZTOPRAK

soztoprak@selcuk.edu.tr  
Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Konya, Türkiye  
Selçuk University, Faculty of Law, Konya, Turkey

Dr. Öğr. Üyesi Oğuz YOLAL

oguz.yolal@selcuk.edu.tr  
Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Konya, Türkiye  
Selçuk University, Faculty of Law, Konya, Turkey

## Editör Yardımcıları | Deputy Editors

Dr. Öğr. Üyesi Cansu Büşra ÖLMEZ

cansubkartal@hotmail.com  
Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Konya, Türkiye  
Selçuk University, Faculty of Law, Konya, Turkey

Arş. Gör. Övünç GÜVEL

ovunc\_guvel@hotmail.com  
Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Konya, Türkiye  
Selçuk University, Faculty of Law, Konya, Turkey

Arş. Gör. Abdussamed ATASOY

samedatasoy1109@hotmail.com  
Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Konya, Türkiye  
Selçuk University, Faculty of Law, Konya, Turkey

Arş. Gör. Enes Ekşi

enes.eksi@selcuk.edu.tr  
Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Konya, Türkiye  
Selçuk University, Faculty of Law, Konya, Turkey

Arş. Gör. Aydın Furkan KAYNAK

af\_kaynak@hotmail.com  
Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Konya, Türkiye  
Selçuk University, Faculty of Law, Konya, Turkey

Arş. Gör. Rabia MACİT

rabiamacit26@gmail.com  
Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Konya, Türkiye  
Selçuk University, Faculty of Law, Konya, Turkey

Arş. Gör. Muhammed Furkan SOYLU

muhammedfurkansoylu@hotmail.com  
Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Konya, Türkiye  
Selçuk University, Faculty of Law, Konya, Turkey

Arş. Gör. Ahmet Can KUZUCUOĞLU

Ahmet.kuzucuoglu.selcuk.edu.tr  
Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Konya, Türkiye  
Selçuk University, Faculty of Law, Konya, Turkey

**Arş. Gör. Nurtaç ENDES SELVİ**

nurend@gmail.com

Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Konya, Türkiye  
Selçuk University, Faculty of Law, Konya, Turkey

**Arş. Gör. Gökçe ALTINEL**

altinelgokce@gmail.com

Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Konya, Türkiye  
Selçuk University, Faculty of Law, Konya, Turkey

**Arş. Gör. Gülizar Feyza BAYRAK**

gfeyzakendir@gmail.com

Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Konya, Türkiye  
Selçuk University, Faculty of Law, Konya, Turkey

**Arş. Gör. Saliha HALICI**

salihah14@hotmail.com

Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Konya, Türkiye  
Selçuk University, Faculty of Law, Konya, Turkey

**Arş. Gör. Emsalgül DOĞAN**

emsalguldogan@gmail.com

Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Konya, Türkiye  
Selçuk University, Faculty of Law, Konya, Turkey

**Yayın Kurulu | Editorial Board**

**Prof. Dr. Andreas Spickhoff**  
Faculty of Law, Ludwig-Maximilians-  
Universität Munich (Germany)

**Prof. Dr. Petra Butler**  
Faculty of Law, Victoria University of  
Wellington (New Zealand)

**Prof. Dr. Shobhalata Udupudi**  
Gujarat National Law University (India)

**Prof. Dr. Furqan Ahmad**  
The Indian Law Institute (India)

**Prof. Dr. Maleka Femida Cassim**  
Faculty of Law, University of Pretoria  
(South Africa)

**Prof. Dr. Nataliya E. Tyurina**  
Faculty of Law, Kazan Federal University  
(Kazan)

**Prof. Dr. Halûk Hâdi Sümer**  
Faculty of Law, Selçuk University (Turkey)

**Prof. Dr. Nezihe Binnur Tulukçu**  
Faculty of Law, Selçuk University (Turkey)

**Prof. Dr. George A. Bermann**  
School of Law, Columbia University (USA)

**Prof. Dr. Venkata Rao**  
National Law School, India University (India)

**Prof. Dr. Sheela Rai**  
National Law School, University Odisha  
(India)

**Prof. Dr. Koos Malan**  
Faculty of Law, University of Pretoria  
(South Africa)

**Prof. Dr. Retselisitsoe Phooko**  
Faculty of Law, University of Johannesburg  
(South Africa)

**Asst. Prof. Monika Tomaszewska**  
Faculty of Law and Administration,  
University of Opole (Poland)

**Prof. Dr. Berrin Akbulut**  
Faculty of Law, Selçuk University (Turkey)

**Prof. Dr. Ümit Süleyman Üstün**  
Faculty of Law, Selçuk University (Turkey)

## Danışmanlar Kurulu | Advisory Board\*

Prof. Dr. Ekrem Ali Akartürk  
Faculty of Law, Yeditepe University  
İstanbul, Turkey

Prof. Dr. Mustafa Aksu  
Faculty of Law, İstanbul University  
İstanbul, Turkey

Prof. Dr. Şahin Akıncı  
Faculty of Law, İstanbul Comm. University  
İstanbul, Turkey

Prof. Dr. Sevgi Gül Akyılmaz  
Faculty of Law, Ankara H.B.V. University  
Ankara, Turkey

Prof. Dr. Ömer Anayurt  
Faculty of Law, Ankara H.B.V. University  
Ankara, Turkey

Prof. Dr. Ramazan Arslan  
Faculty of Law, Başkent University  
Ankara, Turkey

Prof. Dr. Yavuz Atar  
Faculty of Law, İbn Haldun University  
İstanbul, Turkey

Prof. Dr. Mustafa Avcı  
Faculty of Law, Social Sci. University of Ankara  
Ankara, Turkey

Prof. Dr. Rıza Ayhan  
Faculty of Law, Başkent University  
Ankara, Turkey

Prof. Dr. Faruk Bilir  
Personal Data Protection Authority  
Ankara, Turkey

Prof. Dr. Halil Cin  
Faculty of Law, Ufuk University  
Ankara, Turkey

Prof. Dr. Serkan Çınarlı  
Faculty of Law, İzmir Bakırçay University  
İzmir, Turkey

Prof. Dr. Vahit Doğan  
Faculty of Law, İstanbul Aydın University  
İstanbul, Turkey

Prof. Dr. Fikret Eren  
Faculty of Law, Başkent University  
Ankara, Turkey

Prof. Dr. Mustafa Akkaya  
Faculty of Law, East. Mediterranean University  
Famagusta, North Cyprus

Prof. Dr. Ahmet Nizamettin Aktay  
Faculty of Law, Antalya Bilim University  
Antalya, Turkey

Prof. Dr. Bahtiyar Akyılmaz  
Faculty of Law, Ankara H.B.V. University  
Ankara, Turkey

Prof. Dr. Mehmet Altunkaya  
Faculty of Law, Akdeniz University  
Antalya, Turkey

Prof. Dr. Zekeriyya Arı  
Faculty of Law, Bursa Uludağ University  
Bursa, Turkey

Prof. Dr. Murat Atalı  
Faculty of Law, İstanbul University  
İstanbul, Turkey

Prof. Dr. Leyla Ateş  
Faculty of Law, Altınbaş University  
İstanbul, Turkey

Prof. Dr. Murat Aydoğdu  
Faculty of Law, Dokuz Eylül University  
İzmir, Turkey

Prof. Dr. Mehmet Nusret Bedük  
Faculty of Law, Tekirdağ N.K. University  
Tekirdağ, Turkey

Prof. Dr. Halûk Burcuoğlu  
Faculty of Law, İstanbul Aydın University  
İstanbul, Turkey

Prof. Dr. Hayrettin Çağlar  
Faculty of Law, Ankara H.B.V. University  
Ankara, Turkey

Prof. Dr. Abdullah Dinçkol  
Faculty of Law, Doğuş University  
İstanbul, Turkey

Prof. Dr. Ayhan Döner  
Faculty of Law, Erzincan B.Y. University  
Erzincan, Turkey

Prof. Dr. Ali Erten  
Faculty of Law, Bilkent University  
Ankara, Turkey

\* Danışmanlar Kurulu, Unvan ve Soyadına göre alfabetik sıraya dizilmiştir.  
Advisory Board is listed in alphabetical order by Title and Surname.

**Prof. Dr. Fethi Gedikli**  
Faculty of Law, İstanbul University  
İstanbul, Turkey

**Prof. Dr. Aydın Gülan**  
Faculty of Law, İstanbul University  
İstanbul, Turkey

**Prof. Dr. Arslan Kaya**  
Faculty of Law, İstanbul University  
İstanbul, Turkey

**Prof. Dr. Nuran Koyuncu**  
Faculty of Law, N.E. University  
Konya, Turkey

**Prof. Dr. Fevzi Rifat Ortaç**  
Faculty of Law, KTO Karatay University  
Konya, Turkey

**Prof. Dr. İbrahim Özbay**  
Faculty of Law, Gaziosmanpaşa University  
Tokat, Turkey

**Prof. Dr. Oğuz Sancakdar**  
Faculty of Law, Dokuz Eylül University  
İzmir, Turkey

**Prof. Dr. İbrahim Subaşı**  
Faculty of Law, İstanbul Medeniyet University  
İstanbul, Turkey

**Prof. Dr. Doğan Şenyüz**  
Faculty of Law, Bursa Uludağ University  
Bursa, Turkey

**Prof. Dr. İlhan Ulsan**  
Faculty of Law, İstanbul Kültür University  
İstanbul, Turkey

**Prof. Dr. Sevilay Uzunallı**  
Faculty of Law, Yaşar University  
İzmir, Turkey

**Prof. Dr. Yener Ünver**  
Faculty of Law, Özyeğin University  
İstanbul, Turkey

**Prof. Dr. İlhan Üzülmöz**  
Faculty of Law, Ankara H.B.V. University  
Ankara, Turkey

**Prof. Dr. M. Fadil Yıldırım**  
Faculty of Law, Ankara H.B.V. University  
Ankara, Turkey

**Prof. Dr. Ejder Yılmaz**  
Faculty of Law, Bilkent University  
Ankara, Turkey

**Prof. Dr. Kadir Emre Gökyayla**  
Faculty of Law, Bahçeşehir University  
İstanbul, Turkey

**Prof. Dr. Hüseyin Hatemi**  
Faculty of Law, İstanbul Comm. University  
İstanbul, Turkey

**Prof. Dr. Mehmet Refik Korkusuz**  
Faculty of Law, Dokuz Eylül University  
İzmir, Turkey

**Prof. Dr. Yüksel Metin**  
Faculty of Law, Süleyman Demirel University  
Isparta, Turkey

**Prof. Dr. M. Turgut Öz**  
Faculty of Law, İstanbul Kültür University  
İstanbul, Turkey

**Prof. Dr. İzzet Özgenç**  
Faculty of Law, Ankara H.B.V. University  
Ankara, Turkey

**Prof. Dr. Doğan Soyaslan**  
Faculty of Law, Çankaya University  
Ankara, Turkey

**Prof. Dr. Cumhur Şahin**  
Faculty of Law, Ankara H.B.V. University  
Ankara, Turkey

**Prof. Dr. Hasan Tunç**  
Faculty of Law, Cyprus Int. University  
Nicosia, North Cyprus

**Prof. Dr. M. Fatih Uşan**  
Faculty of Law, Ankara Y.B. University  
Ankara, Turkey

**Prof. Dr. Mehmet Ünal**  
Faculty of Law, Başkent University  
Ankara, Turkey

**Prof. Dr. Hakan Üzeltürk**  
Faculty of Law, Yeditepe University  
İstanbul, Turkey

**Prof. Dr. Cevdet Yavuz**  
Faculty of Law, İstanbul Medipol University  
İstanbul, Turkey

**Prof. Dr. Ramazan Yıldırım**  
Faculty of Law, Selçuk University  
Konya, Turkey

**Prof. Dr. Müjgan Tunç Yücel**  
Faculty of Law, İstanbul Medipol University  
İstanbul, Turkey

# Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi

## Selçuk Law Review

ISSN: 1306 – 8075 • E-ISSN: 2548 – 1177

### Hakkında

**Amacı:** Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi ile hukuk alanında özgün ve bilimsel makalelerin yayımlanması suretiyle ulusal ve uluslararası literatüre katkı sağlamak amaçlanmaktadır.

**Kapsamı:** Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, yılda dört kez (Mart, Haziran, Eylül, Aralık) hem elektronik ortamda hem de basılı olarak yayımlanan ve uluslararası indekslerde taranan hakemli bir dergidir. Dergimiz ULAKBİM TR Dizin tarafından taranmakta olup Akademik Teşvik Ödeneği Yönetmeliğine uygundur. Kamu hukuku ve özel hukuk alanlardaki araştırma makalelerinin yanı sıra karar incelemeleri, mevzuat değerlendirmesi, kitap incelemesi ve çeviriler de dergide yer almaktadır. Derginin yayın dili, Türkçe veya diğer Avrupa dilleridir.

**Kısaltma:** Dergiye yapılan atıflarda SÜHFD kısaltması kullanılmalıdır.

### About

**Aim:** Selçuk Law Review aims to contribute to the national and international literature by publishing original and scientific articles in the field of law.

**Scope:** Selçuk Law Review is a peer-reviewed journal published four times a year (March, June, September, December) both electronically and in print and scanned in international indexes. In addition to research articles in the fields of public law and private law, decision-making, legislation review, book review and translations are also included in the review. The publication language of the review is Turkish or other European languages.

**Abbreviation:** SLR abbreviations shall be used in reference to the review.

### Yönetim Yeri İletişim | Executive Office Contact

Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 42150, Konya, Türkiye

Selçuk University, Faculty of Law, 42150, Konya, Turkey

+90 332 241 00 45 +90 332 241 01 05

selcuk.edu.tr/hukuk/tr & dergipark.org.tr/suhfd

hukukdergi@selcuk.edu.tr

### Baskı ve Cilt | Printing Office

Selçuk Üniversitesi Basımevi, 42150, Konya, Türkiye

Selçuk University Printing House, 42150, Konya, Turkey

+90 332 241 18 47 selcukbasimevi@gmail.com

Basım Tarihi: Aralık 2022

Publication Date: December 2022

Copyright © Published by Selçuk Üniversitesi, Hukuk Fakültesi | Selçuk University, Faculty of Law, 42150, Konya, Turkey. All rights reserved.



## İndeksler ve Dizinler | Indexes and Platforms

SÜHFD., 2010 yılından itibaren <b>TR DİZİN</b> tarafından taranmaktadır.		SLR is indexed by <b>TR DİZİN</b> since 2010.
SÜHFD., 2020 yılından itibaren <b>ERIHPLUS</b> tarafından taranmaktadır.		SLR is indexed by <b>ERIHPLUS</b> since 2020.
SÜHFD., 2020 yılından itibaren <b>EuroPub Index</b> tarafından taranmaktadır.		SLR is indexed by <b>EuroPub Index</b> since 2020.
SÜHFD., 2020 yılından itibaren <b>DOAJ</b> tarafından taranmaktadır.		SLR is indexed by <b>DOAJ</b> since 2020.
SÜHFD., 2017 yılından itibaren <b>HeinOnline</b> tarafından taranmaktadır.		SLR is indexed by <b>HeinOnline</b> since 2017.
SÜHFD., 2016 yılından itibaren <b>Asos Academia Social Science Index</b> tarafından taranmaktadır.		SLR is indexed by <b>Asos Academia Social Science Index</b> since 2016.
SÜHFD., 2017 yılından itibaren <b>SOBİAD</b> tarafından taranmaktadır.		SLR is indexed by <b>SOBİAD</b> since 2017.
SÜHFD., 2017 yılından itibaren <b>Google Scholar</b> tarafından taranmaktadır.		SLR is indexed by <b>Google Scholar</b> since 2017.
SÜHFD., 2017 yılından itibaren <b>Crossref</b> tarafından taranmaktadır.		SLR is indexed by <b>Crossref</b> since 2017.
SÜHFD., 2017 yılından itibaren <b>OpenAIRE</b> tarafından taranmaktadır.		SLR is indexed by <b>OpenAIRE</b> since 2017.

## Yayın İlkeleri

### Makalenin Hazırlanma Aşaması

1. Yazar adı, ana başlığın altına sağa dayalı olarak akademik unvanla beraber “**Adı SOYADI**” biçiminde yazılmalıdır. Yazarlar, “ORCID” numarası alıp bunu kişisel bilgileri (Ad-Soyad, Akademik veya Mesleki Unvan, E-posta Adresi) ile birlikte \* işareti kullanarak dipnotta vermelidir. Derginin her sayısında bir yazara ait yalnızca bir makale yayınlanabilir.

2. Gönderilen makalelerde hem Türkçe hem de yabancı dilde çalışmanın ismi, en az 100 - en fazla 150 kelimelik özeti ve beş adet anahtar kelime bulunmalıdır. Çalışmanın sonunda kaynaklara yer verilmelidir.

3. **Sayfa yapısı:** Üstten, alttan ve yanlardan 2’şer cm. olmalıdır. Bu şekilde hazırlanan yazılar 12.000 kelimedenden fazla olmamalıdır. Kelime sayısına Kaynakça dahil değildir.

4. **Metin yazıları:** “Palatino Linotype” karakteri ile 11 punto tek satır aralığı, ilk satırı özel 1 cm değerinde paragraf, paragraf arası boşluklar öncesi ve sonrası 3 nk olmak üzere iki yandan hizalı yazılmalıdır. “Başlık 1” biçimi sadece yazının ana başlığı için kullanılmalıdır.

5. **Dipnotlar:** Makale ile aynı yazı karakteri, 9 punto, tek satır aralığı, 0,7 asılı, paragraf sonrası 2 nk boşluk biçiminde yazılmalıdır. Yazılarda dipnotlar otomatik olarak ve her sayfa altında verilmelidir. Dipnotların yazımında genel olarak KİTAPLARDA; Yazar SOYADI Adı, Kitap Adı, (varsa) Baskı sayısı, (varsa) Çeviren (veya Editör) SOYADI Adı, Basım yeri, yılı ve sayfa; MAKALELERDE; Yazar SOYADI, Adı, “Makale Adı” (tırnak içerisinde), Yayın Adı, Cilt, Sayı, yılı ve sayfa; aynı esere yapılan ikinci ve müteakip

## Publication Principles

### Preparation Process of the Article

1. The name of the author should be written under the main title with the academic title as “**Name SURNAME**”. The information about the author is located on the right side of the page. Authors should take the “ORCID” number and this should be pointing in the footnote with the \* sign along with their personal information (Name-Surname, Academic or Profession Title, E-mail Address). In each number of the SLR, only one article written by same authors may be published.

2. The title of article in Turkish and foreign languages, abstracts of minimum 100 - maximum 150 words in Turkish and foreign languages and five keywords should be added (belong to abstract) to the beginning of the submitted articles. Bibliography should be included at the end of the article.

3. **Page structure:** It should be 2 cm head and bottom and also each side. Articles prepared in this way cannot be exceed more than 12.000 words.

4. **Manuscripts:** Character fonts should be “Palatino Linotype” font and written in 11 size. The first line space should be 1 cm, but the following lines will be 1 cm. The spaces at the beginning and end of the paragraph should be 3 pt. “Style 1” format should only be used for the main title of the article.

5. **Footnotes:** Footnote characters in the same font as the article, but It should be 9 pt. It should be given automatically and bottom the page. IN BOOKS; Author SURNAME – Name, Book Name, (if any) Number of prints, (if any) Translator (or Editor) SURNAME Name, Place of publication, year and page; In ARTICLES; Author SURNAME, Name, “Article Name” (in quotation marks), Title, Volume, Number, year and page; In the second and subsequent references to the same study, the author's surname, a short

atıflarda Yazar soyadı, eserin kısaltılmış adı ve sayfa biçiminde kısa format kullanılabilir.


#### Makale Gönderme Aşaması

6. Hazırlanan çalışmalar, “DergiPark” üzerinden sisteme yüklenmek suretiyle dergi editörlüğüne iletilmelidir. Hakem incelemesi dahil tüm aşamalar “DergiPark” sistemi üzerinden yürütülmektedir.

7. Gönderilen makalenin, daha önce hiçbir yerde yayınlanmamış veya yayınlanmak üzere gönderilmemiş olması gerekir.

8. Makale ile birlikte, telif hakkı devir formu da doldurularak gönderilmelidir. Bu çerçevede, yazarlara telif hakkı ödenmeyecektir. Yazarlar, yayınlanan eserler üzerinde, her türlü format dâhil olmak üzere tüm yayın haklarının ve mali hakların Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi’ne ait olduğunu kabul ederler.

#### Ön İnceleme Aşaması

9. Makaleler,  intihal programında incelenir. İntihal/benzerlik oranı en fazla % 20 olabilir. İntihal/benzerlik oranı % 20’ün üzerinde olan eserler, doğrudan editör kurulu tarafından reddedilir.

10. Makaleler öncelikle yukarıda belirtilen şartlar bakımından editör kurulu tarafından ön değerlendirmeye tabi tutulur. Ön değerlendirme aşamasında, eser sahiplerinin editör kurulu tarafından talep edilen düzeltmeleri 15 gün içinde tamamlaması gerekir. Aksi takdirde, editör kurulu eser sahibi ile iletişime geçmeksizin eseri reddetme hakkına sahiptir.

#### Hakem Değerlendirme Aşaması

11. Makaleler, gizli tutulan iki hakemin olumlu görüşleri alınmaksızın ya da hakemler tarafından önerilen düzeltmeleri içeren yeni metin sağlanmaksızın yayınlanmaz. Hakemlerden biri olumlu diğeri olumsuz görüş bildirdiğinde makale üçüncü bir hakeme gönderilir. Herhangi bir gerekçe veya açıklama içermeyen bir raporun varlığı

name of article and page numbers may be used.


#### Submission Process of the Article

6. Prepared studies should be submitted to the review editor by uploading to the system via “DergiPark”. All stages, including the review of the referees, are carried out through the “DergiPark” system.

7. The article should not be published or submitted for publication in any other review.

8. The copyright transfer form must be filled out along with the article. In this context, authors will not be paid copyright. The authors acknowledge that all publication rights and financial rights, including any format, on the published works belong to the Selçuk University Faculty of Law.

#### Preliminary Examination Process

9. All articles are examined in the plagiarism program  Plagiarism/similarity ratio cannot be over 20 %. Articles with a plagiarism rate over 20 % are rejected directly by the editorial board.

10. The articles are firstly evaluated by the editorial board in terms of the above-mentioned conditions. At the preliminary evaluation stage, the authors are required to complete the corrections requested by the editorial board within 15 days. Otherwise, the editorial board has the right to reject the work without contacting the author.

#### Process of the Referee Evaluation

11. The articles shall not be published without obtaining the positive opinions of the two referees who are kept confidential or providing new text containing the corrections proposed by the referees. If one of the referees gives a positive and the other a negative opinion, the article is sent to a third referee. In the event of a report without any

halinde Editörlük'ün yeni hakem belirleme yetkisi saklıdır.

12. Değerlendirme için hakemlere tanınan süre 20 gün olup bu süre zorunluluk halinde 20 gün daha uzatılabilir. Süresi içinde hakem değerlendirme raporunun gönderilmemesi halinde, Editörlük hakem ile iletişime geçmeksizin yeni bir hakem atayacaktır.

13. Her iki hakemin verdiği puanların toplamı 50 veya altında olduğu takdirde, her iki hakem eserin yayınlanabilir olduğu yönünde görüş bildirirse dahi Editörlük'ün eseri yayımlamama yetkisi vardır.

#### **Makale Düzeltme Aşaması**

14. Hakem tarafından gönderilen değerlendirme raporunda belirtilen düzeltmelerin tamamlanması için eser sahiplerine tanınan süre 1 aydır. Eser sahibinin 1 ay içinde düzeltmeleri tamamlamaması halinde, editör kurulu eser sahibi ile iletişime geçmeksizin eseri reddetme hakkına sahiptir.

#### **Dergi Dizgi Aşaması**

15. Her iki hakemden yayımlanabilir raporu almış olsa bile, bir eser dergiye gönderim tarihinden itibaren bir aydan önce erken görünümüne alınamaz.

16. Her bir sayıda dizgi sırası bakımından makalenin kabul tarihi esas alınmaktadır. Her sayı için azami 20 araştırma makalesi yayımlanması planlanmaktadır.

justification or explanation, the Editorship's right to determine a new arbitrator is reserved.

12. The period of evaluation given to the referee is 20 days and can be extended 20 days if necessary. If referee's report is not sent within the period, the Editorial Board will appoint a new referee without contacting the former referee.

13. If the total number of points given by both referees is 50 or less, the Editorial Board is authorized not to publish the study even if both referees reported that the study can be published.

#### **Process of the Article Correction**

14. The time allowed for the authors to complete the corrections stated in the evaluation report sent by the referee is 1 month. If the author does not complete the revisions within one month, the editorial board has the right to reject the work without contacting the author.

#### **Process of the Review Typographic**

15. Even if both referees reported that the study can be published, the study cannot be published earlier than one month from the date its submission to the review.

16. The acceptance time of article is taken into consideration in the sequence of each issue. It is planning that maximum 20 research articles can be published in each Issue.

**İçindekiler**  
**Table of Contents**

**Araştırma Makaleleri**

**ResearchArticles**

**DİYARBEKİR ŞER'İYYE SİCİLLERİNDE 18'İNCİ YÜZYIL  
ÂMİD MAHKEMESİ'NİN NAFKA KONULU BAZI  
İLÂMLARI** **1835-1881**

Some Decisions On Alimony Of The 18th Century Âmid Court In  
Diyarbakir Shar'iyya Registers

Özlem TÜZÜNER

**DENİZLERDE GÖÇMEN KAÇAKÇILIĞI VE TÜRK  
KARASULARINDAN AÇIK DENİZLERE SAHİL  
GÜVENLİĞİN MÜDAHALE YETKİLERİ** **1883-1931**

Immigrant Smuggling And Intervention Powers Of Coast Guard  
From Turkish Territorial Waters To The High Sea

Emete GÖZÜGÜZELLİ

**AN OVERVIEW OF THE CONCEPTS OF 'DIGITAL  
ECONOMY' AND 'DIGITAL MARKETS' AS ONGOING  
TRENDS IN EU COMPETITION LAW** **1933-1968**

Ab Rekabet Hukukunda Süregelen Trend Olarak 'Dijital  
Ekonomi' Ve 'Dijital Piyasalar' Kavramlarına Genel Bir Bakış

Erman EKİNGEN

**DISPUTE SETTLEMENT IN THE FREE TRADE  
AGREEMENTS OF TURKEY** **1969-2004**

Türkiye'nin Serbest Ticaret Antlaşmalarında Anlaşmazlıkların  
Halli

Mustafa GÖKER

**TÜRK VE ALMAN MEDENİ USUL HUKUKUNA GÖRE  
DAVALARIN YIĞILMASI DURUMUNDA KANUN YOLU  
PARASAL SINIRI** **2005-2031**

Monetary Limit On Legal Remedy About Joinder Of Claims In  
Terms Of Turkish And German Civil Procedure Laws

Osman DURAN

**TÜRK VE İNGİLİZ HUKUKUNDA KARŞILAŞTIRMALI  
OLARAK İŞ SÖZLEŞMELERİNİN SONA ERMESİ** **2033-2083**

A Comparison Of The Termination Of Employment Contracts  
Under Both Turkish And English Law

Ayten ORDU

**ANONİM ŞİRKETTE TTK M. 421.6 BAĞLAMINDA PAY  
DEVİRİ KISITLAMALARININ GEÇİCİ OLARAK ETKİSİZ  
HÂLE GELMESİ** **2085-2125**

Temporary Ineffectiveness Of Share Transfer Rest-Rictions In The  
Context Of Tcc Art. 421.6 In Joint Stock Company

Özlem İLBASMIŞ HIZLISOY

**YÜKSEKÖĞRETİM KURUMU ÖĞRENCİLERİNE VERİLEN  
DİSİPLİN CEZALARININ ÖZLÜK DOSYALARINDAN  
SİLİNMEMESİ SORUNU** **2127-2161**

The Problem Of Un-Expungement Student Conduct Re-Cords  
With Disciplinary Penalties Given Students In Higher Education  
Institution

Zehra KARAKUŞ IŞIK

**YEREL İDARİ VESAYET İLİŞKİSİNİN YENİ BİR  
UYGULAMASI OLARAK OKSİMORONİK BİR KAVRAM:  
KIRSAL MAHALLE** **2163-2199**

An Oxymoronic Concept As A New Application Of Lo-Cal  
Administrative Tutorial Relationship:

Rural Neighborhood

Ünal KÜÇÜK

<b>KONKORDATONUN KAMU İHALELERİNE ETKİSİ</b>	<b>2201-2248</b>
Effect Of Concordation On Public Auctions Mehmet KODAKOĞLU	
<b>ALZHEİMER HASTALARININ FİİL EHLİYETİNİN İNCELENMESİ</b>	<b>2249-2266</b>
Examination Of Legal Capacity Of Alzheimer Patients Aygül KIZILAY GÜNEYLİOĞLU	
<b>DOLANDIRICILIK SUÇUNDA HİLE VE HİLENİN ZAMANI</b>	<b>2267-2301</b>
Cheating And The Time Of Cheating In The Crime Of Fraud Berrin AKBULUT	





**Araştırma Makaleleri**  
**Research Articles**





## DİYARBEKİR ŞER'İYYE SİCİLLERİNDE 18'İNCİ YÜZYIL ÂMİD MAHKEMESİ'NİN NAFKA KONULU BAZI İLÂMLARI

Doç. Dr. Özlem TÜZÜNER\*

### Öz

Diyarbakir'de, 16 ve 18'inci yüzyıl arasında tekabül eden kadı sicillerinin bazıları, okunuşları itibarıyla Latin harfleriyle ifade edilmiştir. Bu çalışmada, 18'inci yüzyıl Diyarbakir Âmid Mahkemesi'nin 3709, 3715, 3754, 3789 ve 3828 numaralı sicilleri incelenmektedir. Bu siciller arasında, Âmid Mahkemesi'nin özellikle seçilen otuz sekiz ilâmında görülmektedir ki, İslâm Aile Hukuku'ndaki nafakalar (evlilik, hısımlık ve bakıma muhtaç kimsesiz/terk edilen çocukların nafakaları) ile Türk Aile Hukuku'ndaki nafakalar (tedbir, iştirak, yoksulluk ve yardım nafakaları) arasında, süre ve şartlar bakımından önemli farklar bulunmaktadır. Muhâlea/hul boşanmaları yanı sıra, taşınmazların paraya çevrilmesinde de Türk Hukuku'ndan ayrışmalar fark edilmektedir. Ayrıca, 18'inci yüzyılda, sadece Müslümanlara değil, gayrimüslimlere de hizmet veren Âmid Mahkemesi nafaka konulu kararlarının geniş portföye hitap etmesi itibarıyla de ilgi çekicidir. Böylece, nafaka konulu otuz sekiz ilâmın yorumlanmasıyla, 18'inci yüzyılda, Diyarbakir'de, boşanan kadınlarla kimsesiz çocukların sosyal ve ekonomik durumları ortaya konulmak istenmektedir.

\* Doç. Dr., Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medenî Hukuk Anabilim Dalı, Eskişehir, Türkiye | Assoc. Prof (PhD), Anadolu University Faculty of Law, Civil Law Department, Eskişehir, Turkey

✉ ozlemtuzuner@gmail.com • ORCID 0000-0002-5575-3400

✎ **Atıf Şekli** | Cite As: TÜZÜNER Özlem, "Diyarbakir Şer'iyye Sicillerinde 18'inci Yüzyıl Âmid Mahkemesi'nin Nafaka Konulu Bazı İlâmları", *SÜHFD.*, C. 30, S. 4, 2022, s. 1835-1881.

✎ **İntihal** | Plagiarism: Bu makale intihal programında taranmış ve en az iki hakem incelemesinden geçmiştir. | This article has been scanned via a plagiarism software and reviewed by at least two referees.

✎ Bu eser Creative Commons Atıf-GayriTicari 4.0 Uluslararası Lisansı ile lisanslanmıştır | This work is licensed under Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License.



## Anahtar Kelimeler

İslâm Aile Hukuku'ndaki Nafakalar • Türk Aile Hukuku'ndaki Nafakalar • Muhâlea/hul • Gayrimüslimlere Hizmet veren Âmid Mahkemesi • Boşanan Kadınlarla Kimsesiz Çocukların Sosyal ve Ekonomik Durumları

## SOME DECISIONS ON ALIMONY OF THE 18TH CENTURY ÂMİD COURT IN DİYARBEKİR SHAR'İYYA REGISTERS

### Abstract

Some of the kadi registers and notebooks corresponding to the 16th and 18th centuries in Diyarbekir have been expressed in Latin letters. In this study, the registry numbers 3709, 3715, 3754, 3789 and 3828 of the Diyarbekir shar'ıyya registries of the 18th century Âmid Court are examined. Among these registers, thirty-eight decisions of the Âmid Court are about alimony. The evaluated court orders demonstrate that there are significant differences between alimonies in Islamic Family Law (marriage, kinship and orphan child) and alimonies in Turkish Family Law (temporary maintenance pending suit, child support, post marital maintenance and alimony for relatives) in terms of the duration and *condictio iuris* of alimony. In addition to muhâlea/hul divorces, serious divergences from Turkish Law are also noticed in the conversion of immovables into cash. Further, the 18th century Diyarbekir Âmid Court which served not only Muslims but also non-Muslims, should be examined in terms of addressing a wide portfolio. Thus, with the interpretation of thirty-eight decisions on alimony, it is aimed to reveal the social and economic conditions of divorced women and orphan children in Diyarbekir in the 18th century.

### Key Words

Alimonies in Islamic Family Law • Alimonies in Turkish Family Law • Muhâlea/hul Divorces • Diyarbekir Âmid Court which Served not only Muslims but also non-Muslims • Social and Economic Conditions of Divorced Women and Orphan Children

## GİRİŞ

Diyarbekir'de, 16 ve 18'inci yüzyıl arasına tekabül eden kadı sicil ve defterlerinin okunuşları itibariyle Latin harfleriyle ifade edilmesi, takdire şayan transkripsiyon örneklerindedir. Böylece, Osmanlı döneminde İslâm Hukuku'nun Diyarbekir'deki tatbikatı aydınlığa çıkarılmış ve söz konusu şer'ıyye sicilleri nice akademik çalışmalara vesile olmuş-

tur.<sup>1</sup> Bu sicillerde, borçlar, aile ve miras hukukunu ilgilendiren sair ihtilaflara rastlanabilir. Vekâlet ve sulh konularına ek olarak nafaka da hüccetlere konu olmuştur.<sup>2</sup> Günlük hayatı yansıtan davalar arasında nafaka takdiriyle de karşılaşılmaktadır. Yetimin nafakasının tereke malının satılması suretiyle temin edilmesi dâhi vakidir.<sup>3</sup>

Nafaka, aslî ihtiyaçları giderme misyonuyla tüm medenî toplumlarda düzenlenen sosyal ve yasal fenomenlerden biridir. Alacaklısının zaruretinin giderilmesini ve hayatının idamesini sağlayan nafaka, toplumsal refahın bekasını garantiler.<sup>4</sup> Tabii nafaka, sadece Diyarbakir'in değil, başka illerin de şer'iyeye sicillerinde defalarca değerlendirilmiştir. 17'nci ve 19'uncu yüzyıllarda Konya ve Bursa şer'iyeye sicillerinde nafa-

<sup>1</sup> ÖZENÇ, A., 18. Yüzyıl Diyarbakir Şer'iyeye Sicillerine Göre Din, Gelenek ve Törelere Kavşagında Osmanlı Âmid Ailesi, Uludağ Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Felsefe ve Din Bilimleri Anabilim Dalı Din Sosyolojisi Bilim Dalı, Doktora Tezi, Danışman: A. Kurt, Bursa, 2016, 9, 56, 73, 85, 128. SARI, S., "Şer'iyeye Sicillerine Göre Diyarbakir'de Boşanma ve Hadiseleri (1655-1747)", Tarih Okulu Dergisi, 2017, 10/32, 349-371. İSTEK, E., "Diyarbakir Şer'iyeye Sicillerine Göre Kadınlarla İlgili Davalar ve Sosyal Sorunları (1727-1798)", II. Uluslararası Sosyal Bilimler Kongresi, 12-14 Ekim 2016-Ağrı/Türkiye, Ağrı İbrahim Çeçen Üniversitesi, 2016, 1107, 1108, 1109, 1120. AKKOYUN, G., 345 Numaralı Diyarbakir Şer'iyeye Sicil Defteri Transkripsiyonu ve Değerlendirmesi (H.1298-1301/M.1881-1884), Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Tarih Anabilim Dalı Yeniçağ Tarihi Bilim Dalı, Yüksek Lisans Tezi, Danışman: H. Keleş, Ankara, 2017, 11, 367. BULUT, M., 356 Numaralı Diyarbakir Şer'iyeye Sicilinin Transkripsiyonu ve Değerlendirilmesi (H.1217-1218/M.1803-1804), Dicle Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Tarih Anabilim Dalı Yakınçağ Tarihi Bilim Dalı, Yüksek Lisans Tezi, Danışman: R. Günay, Diyarbakir, 2013, 209, 210. YILMAZÇELİK, İ., "Social Situation of Diyarbakir Province Throughout the Ottoman Domination (Osmanlı Hâkimiyeti Süresince Diyarbakir Eyaleti'nin Sosyal Durumu)", Tarih ve Gelecek Dergisi, 2016, 2/2, 85-88. KIRAYIT, Y., "8 Numaralı Vidin Şer'iyeye Sicilinin Tanıtımı ve Fihristi", Uluslararası Doğu Avrupa Araştırmaları Dergisi, 2020, 2/1, 102, 104, 105, 108, 129.

<sup>2</sup> ŞİMŞEK, A., 18. Yüzyıl Konya Şer'iyeye Sicilleri Bağlamında Osmanlı Kadınlarının Miras Hukuku Meseleleri (1750-1800), Necmettin Erbakan Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Tarih Anabilim Dalı, Doktora Tezi, Danışman: N. Gök, Konya, 2018, 92, 200, 239. CENGİZ, E., 1751 Numaralı Rodoscuk (Tekirdağ) Şer'iyeye Sicili Transkripsiyon ve Tahlili, Trakya Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Tarih Anabilim Dalı, Genel Türk Tarihi Bilim Dalı, Yüksek Lisans Tezi, Danışman: İ. Sezgin, Edirne, 2008, 15, 16. ÖZENÇ, 9, 56.

<sup>3</sup> ŞİMŞEK, 92, 200, 239.

<sup>4</sup> BALTA, Y., "İslâm Hukuku'nda Nafaka Sorumluluğunun Sosyal Refaha Katkısı", Din Sosyolojisi Araştırmaları, 2022, 2/2 (Nisan), 37, 38.

ka kavramı irdelenmiştir.<sup>5</sup> 17'nci asırda, Harput şer'iyye sicillerinde nafaka tayini, sosyal yaşamın önemli konularından biridir.<sup>6</sup> 19'uncu yüzyıl Siirt şer'iyye sicillerinde, ticaret veya sanatlarını icra maksadıyla uzak diyarlara gidip dönmeyen kocaların geride nafakasız bıraktıkları karıları ve çocuklarının şikâyetleri anılmalıdır.<sup>7</sup> 19'uncu yüzyıl Develi şer'iyye sicilinde kocanın kaybolması üzerine kadının nafakası gaip/mefkûd kocanın malının satılması suretiyle karşılanmıştır. Yine İstanbul'a kaçıp karısını Eskişehir'de terk eden kocanın ödemesi gereken nafakanın kadının tuttuğu vekil tarafından takip edildiği de vakidir.<sup>8</sup> Tekirdağ şer'iyye sicilinde, 1762-1768 yılları arasında incelenen yüz kırk yedi hükümden yüz dokuz adedi tereke ve satış hakkındadır. Dokuz vekâlete ilişkin hukukî meseleden sonra sadece altı nafaka davası görülmüştür.<sup>9</sup> 17'nci yüzyıl başlangıcında Üsküdar şer'iyye sicillerinde erkeklerin ayrıldıkları eski eşlerine ve evlâtlarına verdiği nafakalarla ilgili kayıtlar bulunmaktadır.<sup>10</sup> 18'inci yüzyılda Vidin sicillerinde yer alan üç yüz otuz üç hükümden yalnız üçü nafaka vakıasıdır.<sup>11</sup> 1841-1842 yılları arasında Sivrihisar şer'iyye sicillerinde hüccetler arasında mehir ve nafakaya rast-

- 
- <sup>5</sup> TEZCAN, B., "17. Yüzyılda Konya'da Kadınların Geçim Kaygısı: Konya Şer'iyye Sicillerine Göre Nafaka", Çankırı Karatekin Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, 2020, 11/2, 191. KAYA, A., "17. Yüzyıl Bursa Şer'iyye Sicillerinin İslâm Aile Hukuku Açısından Tahlili", Uludağ Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi, 2008, 17/1, 82, 85, 88. ÜNLÜ, N., 70 Numaralı Konya Şer'iyye Sicili (1814-1816 M./1230-1232 H.), Fırat Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Tarih Anabilim Dalı, Yüksek Lisans Tezi, Danışman: M. Öztürk, Elâziğ, 2005, 119, 121, 128, 140.
- <sup>6</sup> TATAR, Ö., "384 Numaralı Harput Şer'iyye Sicilinin H.1046-1047 (M. 636-1637) Tanıtımı ve Fihristi (Sayfa 3-52)", Fırat Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, 2017, 27/1, 234, 247.
- <sup>7</sup> SAVUR, H., Siirt'in Sosyal ve Ekonomik Yapısı (1312-1317/1894-1900, 420 Numaralı Siirt Şer'iyye Sicil Defterine Göre), İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü İktisat Tarihi Anabilim Dalı, Yüksek Lisans Tezi, Danışman: A. Kal'a, İstanbul, 2010, 70.
- <sup>8</sup> YAKUT, E., "19. Yüzyılda Orta Anadolu Bölgesi'nde Evliliğin Ortaya Çıkışı, Sona Ermesi ve Sonuçları", Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2008, 12/1-2, 250.
- <sup>9</sup> CENGİZ, 25.
- <sup>10</sup> AKKÖY, Y., 17. ve 18. Yüzyıllar Arası Osmanlı Devleti'nde Kadın ve Aile, Aydın Adnan Menderes Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Tarih Anabilim Dalı, Yüksek Lisans Tezi, Danışman: T. Demir, Aydın, 2021, 40.
- <sup>11</sup> KIRAYIT, 108.

lanmıştır.<sup>12</sup> 20'nci yüzyılın en başında Nevşehir kadıları da on dokuz nafaka davası görmüştür. Bunların on üçünde davacı kadınlar vekilleri marifetiyle davalarını takip etmiştir.<sup>13</sup>

Diyarbakir şer'iyeye sicillerine gelince, 17'nci yüzyılın son ve 18'inci yüzyılın ilk yarısında, tarafların ekonomik durumlarına göre nafaka tayini yaygındır.<sup>14</sup> 18'inci yüzyılın son yarısında, kırk iki boşanma davasından dokuzu nafaka bağlanmasıyla sonuçlanmıştır. Her boşanma neticesinde neden nafakaya hükmedilmediği araştırılmaya değerdir. Nafaka miktarları borçlunun ekonomik refah seviyesiyle ilintilidir. Eski eşin geçimini temine yönelik nafakalarda ödeme süresi, iddet müddetiyle sınırlanmıştır. Davaların dörtte birinde kadınlar nafaka haklarından feragat etmiştir.<sup>15</sup> Şer'iyeye sicillerinde çoğunlukla kendileri boşanma talep ettikleri hâlde acaba bazı kadınlar niçin nafaka alacaklarından vazgeçmiştir? Doktrindeki dörtte bir oranı doğru mudur? Yine 18'inci yüzyılda, büyük olasılıkla ticaret yapmak amacıyla uzak diyarlara giden ve kendilerinden bir daha haber alınamayan kocaların geride bıraktıkları eşlerinin nafakası hüccetlerde tezahür eden meseleler arasındadır.<sup>16</sup> İşte bu olasılıkta, yalnız kalan zevceler lehine hükmedilen nafakalar uzak diyarlardaki kocadan nasıl tahsil edilmiştir? 19'uncu yüzyıla ait belgelere göre, evlenme, boşanma, alım-satım akabinde nafaka meseleleri devrin kadılarını meşgul etmiştir. Ayrıca anılan dönem açısından, Diyarbakir'de gerek Müslümanlarda gerek gayrimüslimlerde tek eşliliğin çok eşlilikten daha yaygın olduğu öğretilerde aktarılmaktadır.<sup>17</sup>

Bu çalışmada, Diyarbakir şer'iyeye sicillerinde 18'inci yüzyıl Âmid Mahkemesi'nin 3709, 3715, 3754, 3789 ve 3828 numaralı sicilleri incelen-

<sup>12</sup> GÖKER, G., 2 Numaralı Sivrihisar Şer'iyeye Sicili (Transkripsiyon-Tahlil), Eskişehir Osmangazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Tarih Anabilim Dalı Yakınçağ Tarihi Bilim Dalı, Yüksek Lisans Tezi, Danışman: M. Topal, Eskişehir, 2015, 20, 37, 154.

<sup>13</sup> ÇITAK, K., 8 Numaralı Şer'iyeye Siciline Göre Nevşehir'de Sosyal ve Ekonomik Hayat, Nevşehir Hacı Bektaş Veli Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Tarih Anabilim Dalı, Yüksek Lisans Tezi, Danışman: G. Oğuz, Nevşehir, 2017, 63.

<sup>14</sup> SARI, 349-371.

<sup>15</sup> İSTEK, 1107, 1108, 1109, 1120.

<sup>16</sup> ÖZENÇ, 73.

<sup>17</sup> AKKOYUN, 11, 367.

mektedir.<sup>18</sup> Bu sicillerde, özellikle evlilik, hısımlık ve bakıma muhtaç kimsesiz küçüklerin nafakaları hakkındaki ilâmlara odaklanılmaktadır. Belirtilmelidir ki, Osmanlı arşiv belgelerinde, 17'nci yüzyıldan itibaren, Âmid Sancağı yerine Diyarbakir adı yavaş yavaş kullanılmaya başlanmıştır. Oysa Âmid adının 16'ncı yüzyıldan çok eskilere dayandığı bilinmektedir. Aslında, Tanzimat sonrasında Diyarbakir adı artık iyice yaygınlaşmış ve Osmanlı Devleti'nde bu vilayetin merkezi Âmid bölgesi şeklinde anılmıştır.<sup>19</sup>

İslâm Medenî Hukuku ile Türk Medenî Hukuku elbette kıyaslanamaz. Ancak kuralların orijini ve metodolojisi anlamında benzeşmeyen söz konusu iki hukuk sistemi eşzamanlı ortaya konulabilir. Anılan hukuk sistemlerindeki farklar mukayese olmaksızın art arda incelenebilir. Bu bakış açısında, öncelikle, İslâm ve Türk hukuklarına göre evliliğin sona ermesi ve hısımlıkla ilgili nafakalar hakkında genel olarak bilgilenilmesi uygun görülmektedir. Çünkü sicillerde karşılaşılan ilâmları sadece derlemek yeterli değildir; asıl önemli olan bunların yorumlanmasıdır. Kavramsal çerçeve çizildikten sonra, Diyarbakir şer'iyeye sicillerinde Âmid Mahkemesi'nin nafaka hakkında bazı kararlarının değerlendirilmesine geçilmektedir. Nihayet, bu değerlendirmeler sayesinde ulaşılan sonuçların sıralanmasıyla çalışma tamamlanmaktadır.

<sup>18</sup> Diyarbakir şer'iyeye sicilleri, Âmid Mahkemesi, 3709 ve 3712 Numaralı Sicil, [https://www.karacadag.gov.tr/Dokuman/Dosya/www.karacadag.org.tr\\_28\\_TP5M8\\_2ZC\\_osmanli\\_donemine\\_ait\\_diyarbakir\\_kadi\\_sicilleri\\_ve\\_ahkam\\_defterlerinin\\_transkripsiyonu\\_projesi.pdf](https://www.karacadag.gov.tr/Dokuman/Dosya/www.karacadag.org.tr_28_TP5M8_2ZC_osmanli_donemine_ait_diyarbakir_kadi_sicilleri_ve_ahkam_defterlerinin_transkripsiyonu_projesi.pdf) (Erişim Tarihi: 2.4.2022). Diyarbakir şer'iyeye sicilleri, Âmid Mahkemesi, 3715, 3789 ve 3828 Numaralı Sicil, <https://diyarbakirsicilleri.name.tr/gorsel/jenerik/cilt001j.pdf> (Erişim Tarihi: 2.4.2022). Diyarbakir şer'iyeye sicilleri, Âmid Mahkemesi, 3754 Numaralı Sicil, [https://diyarbakirsicilleri.name.tr/?nerede=3754&kategori=defter\\_veya\\_https://kutuphane.ttk.gov.tr/details?id=583532&materialType=KT&query=Salih+Zeki](https://diyarbakirsicilleri.name.tr/?nerede=3754&kategori=defter_veya_https://kutuphane.ttk.gov.tr/details?id=583532&materialType=KT&query=Salih+Zeki) (Erişim Tarihi: 2.4.2022).

<sup>19</sup> ERPOLAT, M. S., "Osmanlı Arşiv Belgelerinde Âmid Yerine Diyarbakir Adının Kullanılmasının Tarihi Seyri", Tanzimat'tan Günümüze Diyarbakir, Editörler: O. Bozan/H. Asan/H. Yıldız, Manas, Ankara, 2019, 8, 9, 14-16.



## A. İSLÂM ve TÜRK HUKUKLARINA GÖRE EVLİLİĞİN SONA ERMESİ ve HISIMLIK İLİŞKİLERİNDE NAFAKALAR

İslâm Aile Hukuku'nda evlilikten kadın eş lehine nafaka alacağı doğmaktadır ki buna evlilik nafakası denilmektedir. Hısımlık nafakası, kişinin zaruret hâlinde ve yardıma muhtaç hısımlarının ihtiyaçlarını gidermek için yaptığı her türlü harcamanın toplamıdır. Bakıma muhtaç kimsesiz veya terk edilen çocukların nafakası ise, onu emanet kabul eden ailesinden, vasisinden veya mahkemedен karşılanmaktaydı. Türk Aile Hukuku'nda ise, benzer ihtimallerde, sırasıyla eşlerin evlilik birliğinden doğan giderlere katılma borcu, tedbir, iştirak, yoksulluk ve yardım nafakaları caridir.

Aşağıda gerek İslâm gerek Türk Aile Hukuku'ndaki nafakayla ilgili terimler hakkında kısa bilgiler sunulmaktadır. İki farklı hukuk metodolojisinde terminolojik çerçevenin ayrı ayrı çizilmesi önemlidir. Böylece şer'iyeye sicillerindeki vakıa ve hükümlerin yorumlanmasına ek olarak benzer konuların Türk Medenî Kanunu'na dayanan sistem yönünden de ortaya konulması mümkün olur.

### 1. İslâm Aile Hukuku'nda Nafaka Çeşitleri Hakkında Kısa Bilgiler

İslâm Aile Hukuku'nda kadın eşin malî içerikli hakları arasında, mehir ve barınma yanı sıra nafaka da yer alır. Yalnız erkekler nafakadan sorumludur. Kadınların nafaka yükümlülüğü yoktur.<sup>20</sup> Kocanın eş ve

<sup>20</sup> ŞİMŞEK, 6, 78. YAKUT, 248-250. YILMAZÇELİK, 85-88. KAYA, 88-90, 99-101. ÇITAK, 61, 63, 66. BALTA, 38. ÖZCAN, R., İslâm Hukuku'nda Karı-Koca Nafaka Mükellefiyeti, Atatürk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü İslâm Hukuku Anabilim Dalı (İslâmî İlimler Fakültesi), Doktora Tezi (Danışman ismi okunamamaktadır), Erzurum, 1976, 11, 30. UYANIK, M. Z., "İslâm Aile Hukuku'nda Evlilik ve Boşanma Nafakası Bağlamında Süresiz Nafaka Yasası", Necmettin Erbakan Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi, 2019, 47/47, 58. DİRİK, M., "İslâm Aile Hukuku'nda Kocanın Nafaka Mükellefiyetini Düşüren Hâller", İslâm Hukuku Araştırmaları Dergisi, 2015, 25/25, 138. ÇETİNTAŞ, R., "İslâm Hukuku'nda Evlenmeden Doğan Haklar Bağlamında Nafaka", İslâm Hukuku Araştırmaları Dergisi, 2014, 24/24, 185, 186. ÇELİK, Ö., "İslâm Hukuku'nda Hısımlık Nafakası Mükellefiyetinde Din Farkı", Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü İslâm Hukuku Anabilim Dalı, Yüksek Lisans Tezi, Danışman: A. Ünsal, Ankara, 2013, 13. ERDEM, İ. H., İslâm Hukuku'nda Nafaka, Dicle Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Temel İslâm Bilimleri

çocuklarına karşı nafaka borcu, evlilik boyunca devam ettiği gibi, bazı boşanma türlerinde iddet süresinde de varlığını koruyabilir. Koca, karısının yiyecek, en az senede bir kere yazlık ve kışlık elbise, müstakil mesken ve tedavi ihtiyaçlarını karşılamalıdır. Ayrıca, malî gücü ve evin ihtiyaçlarına göre, karısına yardımcı temin etmek durumundadır. Boşanan veya dul kalan kadın, boşanma veya ölüm sonrası iddet müddetine dair nafakasını, mehir ve şahsî eşyalarını talep edebilir.<sup>21</sup> Buna karşılık muhâlea/hul ile boşanarak çocuğunun vekâletini alan kadın malî yönlü tüm haklarından vazgeçer,<sup>22</sup> meğerki boşanma esnasında hamile olsun.<sup>23</sup>

---

Anabilim Dalı İslâm Hukuku Bilim Dalı, Yüksek Lisans Tezi, Danışman: İ. Akay, Diyarbakır, 2019, 55, 78. KAYMAK, B. F./EROL, A., "İslâm Aile Hukuku'nda Hısmılık İlişkisi Bakımından Ebeveyn Nafakası", Kalemname, 2020, 5/10 (Temmuz-Aralık), 449. GENÇ, M./AKSOY, M. M., "Bazı Kanunlar ile Mukayeseli Olarak İslâm Hukukunda Eş Nafakası", Kahramanmaraş Sütçü İmam Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi, 2019, 33/33, 353-355, 357.

Mehir ödenme zamanı yönünden ikiye ayrılmaktadır. Muaccel mehir, en geç nikâh sırasında veya merasimden önce yerine getirilir. Şu hâlde, evlilik birliği ölüm veya boşanmayla sona erdiğinde mutlaka mehir ödenir zannı yanlıştır. Buna karşılık, müaccel mehir söz konusu olduğunda, artık borcun ifası ertelenmiştir. İşte bu olasılıkta, mehir zaten evliliğin sona ermesine ötelendiğinden nafakayla birlikte veya ayrı davaya konu edilebilir. Mehir hakkında ayrıntılı bilgi için bakınız: KILINÇ, A. N./KILINÇ, A., "Mehrin Türk Pozitif Hukuku Açısından Yeniden Değerlendirilmesi Gerekliliği", İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2019, 10/1, 103, 106, 108. TÜRKMEN, A., "Yargıtay'ın Bağışlama Yaklaşımı Çerçevesinde Mehir ve Mehrin Geri Alınması", Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2020, 22/2, 545, 546. TEKELİOĞLU, N., "Mehir Vermek Amacıyla Taşınmaz Mülkiyetinin Devri veya Devir Vaadi", Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2021, 16/2, 223, 224.

- <sup>21</sup> SAVUR, 66, 67. AKKÖY, 37. SARI, 352, 353. ÖZENÇ, 56. KAYA, 88-90, 99-101. UYANIK, 60, 63-67. DİRİK, 138-151. ÇELİK, 13, 14. ERDEM, 31-58. GENÇ/AKSOY, 360-370. BALTA, 49, 50. ÖZCAN, 66, 67, 71, 72, 78, 79. AKGÜL, L., "İslâm Hukuku'nda Evli Kadının Nafakası ve Kapsamı", Erzurum Kültür Eğitim Vakfı Akademi Dergisi, 2015, 19/62, 26-28. AYKANAT, M./USLU, A., "Osmanlı Hukuku'nda İstidâne İzni ve Günümüz Hukukuna Yansımaları", Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2018, 13/1, 431-433.

Nafakanın miktarını karı-koca birlikte anlaşarak belirleyebilir. Onlar uzlaşamazlarsa zevcenin talebi üzerine mahkeme tayin edebilir. ÖZCAN, 27.

- <sup>22</sup> Aslında Türk Borçlar Hukuku'nda, alacaklı alacağından tek taraflı vazgeçemez, daha doğrusu böylesine vazgeçme Türk Borçlar Kanunu'nun 131'inci maddesi anlamında ibra sonucunu doğurmaz ve alacağı sona erdirmez. Nispi ilişkilerde, alacak hakkı sahibinin bu hakkından vazgeçmesi veya feragat etmesi, başkasının hukukî pozisyonunu kural olarak etkilemez. Ne var ki muhâlea/hul ile boşanmaların

Zaten Osmanlı muhâlea uygulamasında, kadın eğer müeccel mehir sahibiye öncelikle bundan vazgeçmiştir. Daha doğrusu müeccel mehir, kadınların, kocalarını muhâlea/hul ile boşanmaya ikna etmek amacıyla kullandıkları hukukî argümandır.<sup>24</sup> Özünde karı ile kocanın anlaşarak ayrılmaları anlamına gelen muhâlea, şer'iyeye sicillerinde sıklıkla rastlanan evliliği sonlandırma biçimidir. Talâk hakkının kendilerine yükleyeceği malî mükellefiyetlerden kurtulmak isteyen erkekler bu yolla boşanmayı tercih ederler. Hatta "bazı muhâlea kayıtlarında kadınlar, çocuklarının bakım masraflarını da üstlenmekte ve kocalarından nafaka talebinde bulunmayacaklarını bildirmektedirler".<sup>25</sup> Bununla birlikte, muhâlea sayesinde kadınların kocalarından kaynaklanan haksızlıklara ve geçimsizliklere karşı korunduğu ileri sürülmektedir.<sup>26</sup> Özetle, muhâlea kayıtlarının büyük çoğunluğunda, kadının anlaşma yoluyla belirli bedeller ödeyerek, evlilik birliğinden kurtulma çabası dikkat çeker. Bu bedelin, kadınların evliliklerinin bitiminde kocalarından alacakları, mehir, iddet nafakası ve hatta çocuklarının nafakalarından feragat etmeleri şeklinde ödendiği görülmektedir.<sup>27</sup>

---

karakteristik özelliği kadının mehir, nafaka, kişisel eşya gibi malî içerikli sair haklarından/alacaklarından vazgeçmesidir. Bu nedenle, İslâm Aile Hukuku'ndaki muhâlea/hul boşanmalarında, alacaktan/haktan vazgeçme/feragat etme şeklinde terimlere yer verilmiştir.

<sup>23</sup> AKKÖY, 72. SARI, 354. ÖZENÇ, 116-118. YAKUT, 255. KAYA, 98, 99. DİRİK, 153. ÇETİNTAŞ, 187-196. ERDEM, 88, 89.

Suudi Arabistan ve Osmanlı'daki muhâlea pratiği birbirlerinden ayrılmaktadır. Suudi Arabistan'da, kocanın beyanına göre, talâk olmayıp muhâlea sayılan boşanma, "kocasının fiziğini, ahlâkını, dindarlığını, yaşını, zayıflığını, şişmanlığını veya başka yönünü beğenmediği için evlilik hayatında sorunlar yaşayan, bu sebeple kocasının evlilikten kaynaklanan haklarına riayet edemeyeceğinden ve günaha gireceğinden korkan" kadınla karakterizedir. YARGI, M. A., "Bedel Karşılığında Boşanma ve Muhâlea Uygulamaları: Suudi Arabistan'da Bir İnceleme", Marmara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi, 2012, 42/1, 147.

<sup>24</sup> KILINÇ/KILINÇ, 106.

<sup>25</sup> MAYDAER, S., "Klasik Dönem Osmanlı Toplumunda Boşanma (Bursa Şer'iyeye Sicillerine Göre)", Uludağ Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi, 2007, 16/1, 311, 313.

<sup>26</sup> YILMAZ, İ., "Kadının Boşanma Hakkı Bağlamında Postmodern Bir Yaklaşım Örneği: İftidâ", İslâm Hukuku Araştırmaları Dergisi, 2010, 15, 216.

<sup>27</sup> YAKUT, 255. ERDEM, 88, 89. Ayrıca bakınız: YÜKSEK, A., "İslâm Aile Hukuku'nda Boşanma Yetkisi ve Kadının Boşanması", Uluslararası Sosyal Araştırmalar

İslâm Aile Hukuku'nda hısımlık nafakası, nesep birliğine dayanır; anne, baba, çocuk, dede, torun ve kardeş gibi sülâleler arasında muhtaç hısımların yaşamasına destek gerekir. Fakirlik, para kazanma yeteneğinden yoksunluk, bedenî veya ruhî hastalık, muhtaç hısımların denilen nafaka alacaklısını tarif etmektedir. Hısımlık nafakası, mükelleflerden malî imkânları ölçüsünde tahsil edilir. Nafaka alacaklısı hısımların hür olması ve harbi yani İslâm Hukuku'na göre yönetilmeyen memlekette (dârül-harp) yaşamaması gerekir.<sup>28</sup> Belirtilmelidir ki, hısımlık nafakasının çeşidi ebeveynlik (usul-fürü) nafakası, yardım edileceklerin başında gelen anne-babaya, onların fakirlik, hastalık gibi durumlarında bazen nafaka ödenmesi, bazen de özel bakımla tedavi sunulması veya bunun için hizmetçiden/bakıcıdan karşılığında maaş ödeyerek yardım alınması şeklinde tezahür etmektedir.<sup>29</sup>

Kimselessiz veya terk edilen çocukların bakım ve gözetimi, İslâm Aile Hukuku'nda çözüme kavuşturulan sosyal meselelerden biridir. Osmanlı, böylesine çocukların korunması amacıyla tebennî müessesini kurmuş ve bu kurumun işleyişini denetlemiştir. Tebennî olgusunda, bakıma muhtaç küçük çocuk âdeti evlâtlık verilmektedir. Çünkü İslâm Aile Hukuku'nda kalıcı boyutta evlâtlık kesinlikle kabul edilmektedir. Evlât edinmenin yerini alan metotların tamamını ifade eden tebennî, emanet edilen çocuğun kendi ihtiyaçlarını başkalarına bağımlı olmadan sağlayabileceği buluş çağına eriştiği dönemde sona ermektedir.<sup>30</sup> Kimselessiz veya terk edilen çocuğun nafakasının, akrabaları veya kendi malî dâhi yoksa, beytülmalde özellikle mesalihi amme payından karşılanması esastır. Zira aktarılanlara göre Hz. Ömer (r.a) lakîtin nafakası konusunda sahabeyle istişare etmiş ve ashap bu masrafın beytülmalde

---

Dergisi, 2014, 32/7, 347. YAŞAR, M. A., "İslâm Aile Hukuku'nda Boşanma Yetkisinin Kötüye Kullanılmasının Hükmü ve Hukukî Sonucu", Amasya İlahiyat Dergisi, 2021, Haziran/16, 94. ERDOĞRU, A. M., "On Altı ve On Yedinci Yüzyıllarda İstanbul'da Hul' Yöntemiyle Boşanma", Uluslararası Osmanlı İstanbul'u Sempozyumu-1, 29 Mayıs -1 Haziran 2013, İstanbul 29 Mayıs Üniversitesi, 274.

<sup>28</sup> ÇELİK, 13-25. ERDEM, 90-125. KAYMAK/EROL, 445, 452, 461. BALTA, 47, 50-52.

<sup>29</sup> KAYMAK/EROL, 445, 452, 461. BALTA, 55.

<sup>30</sup> DÜZBAKAR, Ö., "Kimselessiz Çocuklar ve Çocuk Haklarının Korunmasına İlişkin Bursa Şer'iyeye Sicillerine Yansıyan Örnekler", Uludağ Üniversitesi Fen Edebiyat Fakültesi Sosyal Bilimler Dergisi, 2004, 1-5/6, 88-91. Ayrıca bakınız: ÖZENÇ, 85-87.

verilmesi hususunda ittifak etmiştir.<sup>31</sup> Bu konudaki olasılıklar kademeli ifade edilirse, kimsesiz kalması veya terk edilmesi sebebiyle bakıma muhtaç olduğu tespit edilen çocukların geçimi, tebennî ile emanet edilen ailesinden ve/veya varsa vasisinden yahut hayırseverlerden temin edilmektedir. Bu kaynaklardan sonuca ulaşamazsa, büyüyüp çalışmaya başladığı zaman çocuğun kendi kazancından peyderpey tahsil etmek şartıyla, mahkeme, tebennî ailesine ve/veya vasiye nafaka sağlamaktadır. Çünkü teberru kastı olmaksızın çocuğun bakımını tebennî ile üstlenenler onun nafakasını bizzat ödemek zorunda değildir. Ayrıca Osmanlı şer'iyeye mahkemelerinin, tebennî kurumunun işleyişini denetlediği, özellikle emaneti kabul eden ailelerin muhtaç çocuklarla yeterince ilgilenip ilgilenmediklerini kontrol ettiği belirtilmelidir. Diyarbakir'de de tebennî için aileler seçilirken dikkatli davranılmış, toplumda belirli konumu haiz hayırsever aileler tercih edilmiştir.<sup>32</sup>

## 2. Türk Medenî Hukuku'nda Eşlerin Birlik Masraflarına Katılması ve Nafaka Çeşitlerinin Özetlenmesi

Türk Medenî Hukuku'nda evlilik birliği devam ederken eşlerin evlilik birliğinden doğan giderlere katılma borcu bulunmaktadır. Ayrıca evliliğin sona ermesini ve hısımlığı ilgilendiren nafakalar, tedbir, iştirak, yoksulluk ve yardım şeklinde sınıflandırılır.

Evlilik birliğinin ekonomik varlığını idamesi, yani eşlerin ve ortak çocukların ihtiyaçlarının karşılanması, muhtelif masraflar yapılarak sağlanır. Türk Medenî Kanunu'nun 186'ncı maddesinin 3'üncü fıkrasına göre eşlerin evlilik birliğinden doğan giderlere katılma borcu kadın ve

<sup>31</sup> ARSLAN, Y. E., İslâm Hukuku'nda Kimsesiz Çocuklar, Cumhuriyet Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Temel İslâm Bilimleri Anabilim Dalı İslâm Hukuku Bilim Dalı, Yüksek Lisans Tezi, Danışman: S. Erturhan, Sivas, 2007, 33, 34. Nafaka mükellefi olmayan ihtiyaçlıların ve terk edilmiş çocuk bulup onun bakımını üstlenenlerin nafakalarının Devlet hazinesinin giderleri arasında sayıldığı ve kadınların onlar için sosyal yardım aylığı bağladığı aktarılmaktadır. AYKANAT/USLU, 436. Eklenmelidir ki, İslâm Hukuku'nda, terk edilmiş çocuğun bakımını üstlenen kişiye onun terk eden baba adına borçlanabilmesini ifade eden istidâne izni verilmektedir. Daha sonra çocuğun iadesini talep eden olursa, çocuğa yapılan masraflar için bu kişinin malvarlığına rücu edilebilmektedir. AYKANAT/USLU, 434.

<sup>32</sup> ÖZENCİ, 85-88. Ayrıca bakınız: ÖZKUL, A. E., "Osmanlı İdaresinde Kıbrıs'ta Evlilik ve Besleme Uygulamaları (1571-1878)", *Electronic Turkish Studies*, 2013, 8/2, 49. ARSLAN, 33, 34.

erkek eş için aynı şekilde, ekonomik güçleri oranındadır. İşte eşlerden birinin birliğin masraflarına katılmasını diğerinden isteyebilmesi, şahsa sıkı sıkıya bağlı haktır. Türk Medenî Kanunu'nun 196 ve 198'inci maddeleriyle bu hakkın dayatılması sağlanır.<sup>33</sup>

Boşanma veya ayrılık davası derdestken hâkimi meşgul eden meselelerden biri eşlerin barınma ve geçimlerinin sağlama alınmasıdır. Yine Türk Medenî Kanunu'nun 197'nci maddesine göre kişilik hakkı zedelediği için ayrı yaşama hakkına kavuşan eş kendisine tedbir nafakası bağlanmasını hâkimden talep edebilir. İşbu davaların açılmasıyla kişilik hakkı ihlâl edilen ve kendi başına ekonomik varlığını idame ettiremeyen eş, maddî imkânları daha iyi olan diğer eşten tedbir nafakası talep edebilir. Bu malî katkı karar kesinleşinceye kadar devam eder. Tedbir nafakası belirlenirken kusur araştırması yapılmaz.<sup>34</sup> Yargıtay, erkek eşin gelirin bulunmamasını, kadın yararına tedbir nafakasına hükmedilmesine engel saymamaktadır. Doktrinde bu içtihat eleştirilmektedir. Çünkü

<sup>33</sup> DURAL, M./ÖĞÜZ, T./GÜMÜŞ, M. A., Türk Özel Hukuku, C. III Aile Hukuku, Filiz, 17. Baskı, İstanbul, 2022, 173, 174. ERDEM, M./MAKARACI-BAŞAK, A., Aile Hukuku, Seçkin, 1. Baskı, 2022, 216, 217. KILIÇOĞLU, A. M., Aile Hukuku, Turhan, 6. Baskı, Ankara, 2022, 165-171. AKINTÜRK, T./ATEŞ, D., Türk Medenî Hukuku Aile Hukuku, C.II, Beta, 24. Baskı, İstanbul, 2022, 114. DOĞAN, İ., "Türk Medenî Kanunu'nun Düzenlemelerine Göre Tedbir, Yoksulluk ve İştirak Nafakası", Public and Private International Law Bulletin, 35/1, 66, 67. GÜRPINAR, D., "Eşlerin Evlilik Birliğinin Giderlerine Katılma Borcu", Prof. Dr. Aydın Zevkliler'e Armağan, Yaşar Üniversitesi E-Dergisi, 2013, 8/Özel, 1296-1318. ERKAN, U. V., "Türk Medenî Kanunu'nda Evlilik Birliği İçerisinde Kadının Ekonomik ve Sosyal Hakları", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 2018, 134, 433, 436, 445. SİLAH, S., Türk Hukuku'nda Evlilik Birliğinin Korunmasında Hâkimin Müdahalesi, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı Medenî Hukuk Bilim Dalı, Yüksek Lisans Tezi, Danışman: O. S. Aydos, Ankara, 2015, 17, 21, 38-40, 49, 54-56, 68, 74, 75. DEMİR, R., "Yoksulluk Nafakasının Sona Erme Sebepleri ve Yoksulluk Nafakasının Süresizliğine Dair Tartışmalar", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 2020, 147, 223.

<sup>34</sup> DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, 135-137, 198-200. SİLAH, 90, 91. KILIÇOĞLU, 119. AKINTÜRK/ATEŞ, 284. ERDEM/MAKARACI-BAŞAK, 156-159. DOĞAN, 61-66. PEKMEZ, C., "Tedbir Nafakasına İlişkin Güncel Yargıtay Kararlarının İncelenmesi", İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 2021, 7/1, 144-149. BAYRAM, A. E., "Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun Tedbir Nafakasına Dair 25.10.2018 Tarihli ve 2017/2-1891 Esas, 2018/1577 Karar sayılı Kararının Değerlendirilmesi", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 2019, 144, 220-242. ÖCAL, M., Yoksulluk Nafakasının Süresi, On İki Levha, 1. Baskı, İstanbul, 2019, 17.

ekonomik yeterliliği bulunmayan kişi nafaka borçlusu addedilemez.<sup>35</sup> Ayrıca Yargıtay'ın bu bakış açısının kişinin maddî ve manevî varlığını geliştirme hakkını ihlâl ettiği dile getirilmektedir.<sup>36</sup> Esasen sağlıklı olup da çalışmamak için özel gerekçesi bulunmayan kadın veya erkeğin kayıt dışı çalışarak yahut âtil yaşayarak kanunî yükümlülüklerini ifadan gerekçesiz kaçınması hukuk düzenince desteklenmemelidir. Elbette fiziksel veya psikolojik çaresizliklerinden kaynaklanan para kazanma engelleri nafaka borçlusunun lehine dikkate alınabilir. Yargılamada böylesine manilerin aydınlatılması, tıbbın ilgili alanlarında uzmanlığı haiz hekimlerden sadır bilirkişi raporu gerektirir.

İştirak nafakası, soybağının hukuken kurulmasına bağlıdır ve özelliği gereği irat şeklindedir. Türk Medenî Kanunu'nun 169'uncu maddesi, 182'nci maddesinin 2'inci fıkrası, 327 ve 329'uncu maddelerinin 1'inci fıkraları, 332'inci maddesinin 1'inci fıkrasıyla 333'üncü maddesi uyarınca, velâyet hakkı kendisine bırakılmayan ebeveyn velâyet hakkını haiz ebeveyne küçüğün bakımı ve eğitim giderleri için malî gücü oranında katkıda bulunmalıdır. Türk Medenî Kanunu'nun 329 ve 330'uncu maddelerine göre, her ay peşin ödenen iştirak nafakası, ana babanın çocuğuna bakım borcuna bağlı vaziyette, çocuk ergin oluncaya değin varlığını sürdürür. Hükmün kesinleşmesinden sonra, gelecek aylarda, nafakanın miktarının artırılması veya azaltılması mahkemeden talep edilebilir.<sup>37</sup>

Türk Medenî Kanunu'nun 175 ila 178'inci maddelerinde düzenlenen yoksulluk nafakası, evliliğin sona ermesi üzerine yoksulluğa düşen tarafa, kural olarak süresiz, eski eşin bir miktar para ödemesidir. Bunun

<sup>35</sup> BAYRAM, 243, 244. PEKMEZ, 155-158. HAMZAÇEBİ, M., "Türk Medenî Kanunu'na Göre Boşanma ve Ayrılık Hâllerinde Tedbir, Yoksulluk ve İştirak Nafakası", Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2002, 10/3-4, 24-32.

<sup>36</sup> PEKMEZ, 156, 157.

<sup>37</sup> DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, 150, 151, 200. AKINTÜRK/ATEŞ, 316. AKINTÜRK/ATEŞ, KILIÇOĞLU, 153, 154. ERDEM/MAKARACI-BAŞAK, 184-186. DOĞAN, 67-76. SİLAH, 91, 92. HAMZAÇEBİ, 38-42. ÖCAL, 20. TÜRKMEN, A., "Eğitim Nafakası (TMK m. 328/II)", Prof. Dr. Aydın Zevkliler'e Armağan, Yaşar Üniversitesi E-Dergisi, 2013, 8/Özel, 2731, 2733, 2734. CEYLAN, E., "İştirak Nafakasının Belirlenmesiyle İlgili Seçilmiş Yargıtay Kararlarının Değerlendirilmesi", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 2017, 133, 301-308.

için alacaklının kusurunun borçlununkinden daha ağır olmaması şartı aranır. Nafaka miktarıyla süresi veya süresiz yapısı yanı sıra irat yahut sermaye biçiminde ödenmesi, alacaklının ihtiyaçlarına, özellikle borçlunun ekonomik durumuna göre hâkim tarafından belirlenir ve değişen şartlara uyarlanır.<sup>38</sup> Davalı ve davacı ikisi birden asgarî ücretle çalışıyorsa yoksulluk nafakasına hükmedilmez. Sadece davalı eski eş asgarî ücretle çalışıyor ve davacı işsizse, yoksulluk nafakasına hükmedilir fakat

<sup>38</sup> DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, 157-164. KILIÇOĞLU, 133-135. AKINTÜRK/ATEŞ, 301-309. HAMZAÇEBİ, 32-38. DOĞAN, 77-94. ERDEM/MAKARACI-BAŞAK, 201-213. ÖCAL, 33-64. HATEMİ, H., Aile Hukuku, On İki Levha, 9. Baskı, İstanbul, 2021, 137, 138. KÖKSALAN, F., "Yoksulluk Nafakasında Süre Unsuru ve Nafakanın Kadın Bakımından Anlamı", İstanbul Barosu Dergisi, 2020, 94/3, 46, 47. ÖCAL AKİPEK, Ş., "Hukukumuzda Yoksulluk Nafakası", İstanbul Barosu Kadın Hakları Merkezi, Nafakama Dokunma Özel Sayısı, 8 Mart 2020 Özel Sayısı, 14-19. EROĞLU, Ş., "Yoksulluk Nafakasındaki Yeni Yasal Düzenlemeye İhtiyaç Yoktur", İstanbul Barosu Kadın Hakları Merkezi, Nafakama Dokunma Özel Sayısı, 8 Mart 2020 Özel Sayısı, 6, 7. MOROĞLU, N., "Yoksulluk Nafakası Tartışmaları", İstanbul Barosu Kadın Hakları Merkezi, Nafakama Dokunma Özel Sayısı, 8 Mart 2020 Özel Sayısı, 11, 12. KULAKLI, E., "Yoksulluk Nafakası ve Yoksulluk Nafakasının Süresi Bağlamında Bir Mukayeseli Hukuk İncelemesi", İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2018, 5/2, 241-255. KARTAL, N., Türk Hukuku'nda Yoksulluk Nafakası, Medipol Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Yüksek Lisans Programı, Danışman: C. Yavuz, İstanbul, 2019, 34-74. DEMİRBAŞ, A., "Güncel Tartışmalarla Yoksulluk Nafakası", İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2018, 5/2, 225-229. YILDIRIM, E., Yoksulluk Nafakası, Başkent Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Hukuk Anabilim Dalı Özel Hukuk Yüksek Lisans Programı, Yüksek Lisans Tezi, Danışman: İ. Yücer Aktürk, Ankara, 2020, 25-67. ÇİTAK, B., "Yoksulluk Nafakası", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, 2016, 74/1, 241-254. FIRAT SOMKAN, A., Yoksulluk Nafakası, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, Yüksek Lisans Tezi, Danışman: H. İşgüzar, Ankara, 2019, 9-42. ŞAHİN, M., "Türk-İsviçre Medenî Kanunlarına Göre Evlilik Sonrası Katkının (Yoksulluk Nafakasının) Şartları", Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2017, 21/3, 78-89. ÖZŞENOL, D. Y., "Yargıtay Kararları Işığında Asgari Ücret Düzeyinde Gelir Elde Etmenin Yoksulluk Nafakasının Kabulü Üzerindeki Etkisi", International Social Mentality and Researcher Thinkers Journal, 7/40, 88-92. YURT, H., "Özel Olan Politikdir: Medenî Kanunun "Süresiz Nafaka" Düzenlemesi İkinci Dalga Feminizmin Anti-Liberal Bir Mirası Mı, Yoksa Hak Arama Hürriyetinin Asgari Ölçüde Bir Tezahürü Mü?", Ankara Barosu Dergisi, 2020/2, 176, 177. ÖZDEMİR, H., "Yoksulluk Nafakasındaki Süresizlik Sorunu", Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Aile Sempozyumu, <https://www.tihk.gov.tr/doc-dr-hayrunnisa-ozdemir/> (Erişim Tarihi: 2.4.2022). İPEKYÜZ YAVUZ, F., "Yoksulluk Nafakası", Mahkeme Kararları Işığında Nafaka Araştırması-Hukukî Bir İnceleme, Diyarbakır Barosu Kadın Hakları Uygulama ve Araştırma Merkezi, Diyarbakır, 2021, 10.



bunun miktarı semboliktir.<sup>39</sup> Tedbir nafakasında olduğu gibi yoksulluk nafakasında da bu kurumlara atfedilecek sosyal misyon özenle denetlenmelidir. Yoksulluk nafakasının, sağlıklı olup da çalışmamak için özel gerekçesi bulunmayan kadın veya erkeğin kayıt dışı çalışmasına yahut keyfi âtil yaşamasına özendirir vaziyet alması sakıncalıdır.

Yardım nafakasına gelince, bu kurum kanun koyucunun yoksulluğa karşı ihdas ettiği tedbir mekanizmalarından biridir. Amacı, yakın hısımlı yoksulluktan kurtarmakla sınırlıdır.<sup>40</sup> Türk Medenî Hukuku'nda yardım nafakası, kanundan doğan borç statüsünde, Türk Medenî Kanunu'nun 364 ila 366'ncı maddelerinde düzenlenir. Hâkimin yardım nafakasına hükmetmesinde, taleple bağıllık, yoksulluk/muhtaçlık hâli, alt-üst soy ve kardeşler arası hısımlık ilişkisi ve ödeme kabiliyeti şeklinde şartlardan bahsedilir. Kardeşin nafaka borçlusu sayılması refah hâlinde yaşamasına bağlıdır.<sup>41</sup> Yalnız aile bağlarını temelinden sarsan, özellikle

<sup>39</sup> ÖZŞENOL, 96-101. Her iki eşin de asgarî ücretle çalışması durumunda, yoksulluk nafakasına hükmedilmez (Yargıtay 2. Hukuk Dairesi, Esas: 2015/18663, Karar: 2016/10813, Tarih: 1.6.2016). Asgarî ücret seviyesinde gelire sahip olunması yoksulluk nafakası bağlanmasını olanaksız kılmaz (Yargıtay 3. Hukuk Dairesi, Esas: 2016/6199, Karar: 2016/10144, Tarih: 27.6.2016).

<sup>40</sup> DEMİRSATAN, B., "Yoksulluğa Karşı Bir Tedbir Olarak Yardım Nafakası (MK m. 364-366)", 6. Uluslararası Suç ve Ceza Film Festivali Yoksulluk Tebliğler, On İki Levha, 1. Baskı, İstanbul, 2017, 94. Aynı yönde bakınız: ÖZDEMİR, H., "Yargıtay Kararları Işığında Türk Medeni Hukukunda Yardım Nafakası", Terazi Hukuk Dergisi, 2014, 100/9, 66-68. UZUN BİRİNCİ, T., "Eğitimine Devam Eden Ergin Çocuğa Ödenen Nafakanın Bazı Yargıtay Kararlarında Yardım Nafakası Olarak Nitelendirilmesi", Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2018, 20/2, 100.

<sup>41</sup> DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, 382-394. HATEMİ, 192, 193. AKINTÜRK/ATEŞ, 443-453. KILIÇOĞLU, 529-532. KARTAL, 29. TÜRKMEN, 2707. DEMİRSATAN, 79-88. UZUN BİRİNCİ, 100-115. ÖZDEMİR, Yardım, 66-70. ERDEM/MAKARACI-BAŞAK, 491-500. ÇAKIRCA, S. İ., "Kardeşler Arasında Nafaka Yükümlülüğü", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2015, 64/1, 68-77. DEMİRAL, M., "Aile Bağlarının Ortadan Kalktığı Hâllerde Yardım Nafakası Talebinin Yerindeliği Hakkında Bir Yargıtay Kararı İncelemesi", Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2009, 11/3, 1114-1127. KONURALP ÇİLENTİ, A., "Türk-İsviçre Hukuku'nda Yardım Nafakası Yükümlülüğünün Hakkaniyete Aykırılık Nedeniyle Azaltılması veya Kaldırılması", Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2020, 22/2, 1024-1031. AŞIK, G., Türk Medenî Kanunu ve Yargıtay Kararları Kapsamında Yardım Nafakası, Anadolu Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, Yüksek Lisans Tezi, Danışman: A. Karakocalı, Eskişehir, 2019, 14-57. Yardım nafakası hakkında ayrıca bakınız: İPEK, N., "Roma Hukukunda Yardım Nafakası

ağır kusuruyla ailevî vazifelerini yerine getirmeyen akrabanın nafaka alacaklısı sayılması örtülü kanun boşluğuyla ekarte edilebilir. Zira aile bağlarını temelinden sarsan olaylar, yardım nafakası yükümlülüğünün ortadan kalkmasına sebep olabilir.<sup>42</sup>

Türk Medenî Kanunu'nun 328'inci maddesinin 2'inci fıkrasında erginliğe kavuştuğu hâlde eğitimi devam eden çocuğun soybağını haiz ebeveynlerinden talep edebileceği eğitim nafakası, yardım nafakası spektrumunda sayılabilir.<sup>43</sup> Aksi yönde görüş ise, Türk Medenî Kanunu'nun 328'inci maddesinin 2'inci fıkrasında münhasıran ifade edilen eğitim nafakasının yardım nafakasından ayrıldığını kabul eder. Basitçe anne babanın ergin çocuğuna bakma yükümlülüğü istisnaidir. Eğitimi devam eden ergin kişi anne babasından eğitim nafakası talep edebilecekse artık yardım nafakası talep edemez. Yardım ve eğitim nafakaları, kanundaki yerleri, yükümlüleri, alacaklıları, kapsam ve koşulları bakımından birbirlerinden tamamen farklıdır.<sup>44</sup> Bu fikre katılmak uygundur. Eğitim nafakasının yardım nafakasından bağımsız vaziyette kendine özgü amacı, kanun maddesi ve yasal koşulları bulunmaktadır. *Ratio legis* ve *conductio iuris* açısından değerlendirildiğinde eğitim nafakasının yardım nafakasından ayrıştığı gerçeğiyle karşılaşılmaktadır.

---

Yükümlülüğü", Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi-Hukuk Araştırmaları Dergisi, 2013, 19/3, 289, 290.

<sup>42</sup> DEMİRAL, 1131-1136. KONURALP ÇİLENTİ, 1031-1047. AŞIK, 17-19. TÜRKMEN, 2734, 2736. Yardım nafakası alacaklısının iyiniyetli olması gerektiği yönünde bakınız: ÖZDEMİR, Yardım, 69, 70. UZUN BİRİNCİ, 105. "Aile bağlarının temelinden sarsılması hâlinde, kurumun sağladığı hak ve mükellefiyetlerin de ortadan kalkması, Türk Medenî Kanunu'nun 2'nci maddesi uyarınca dürüstlük kuralı gereğidir" (Yargıtay 2. Hukuk Dairesi, Esas: 1995/12296, Karar: 1995/1222, Tarih: 2.2.1995). Aile bağlarının zayıflaması üzerine yardım nafakası yükümlülüğünün ortadan kalkmasında Yargıtay alt ve üst soy ayırımı yapmıştır. "Oğlun yardıma muhtaç duruma gelmiş babasına karşı asgarî yaşama giderlerini karşılama borcu, dürüstlük kuralı gereği ortadan kaldırılamaz. Aksini gerektirir. Zira altsoyun (oğlun) üstsoya (babaya) karşı yardım yükümlülüğü ile üstsoyun altsoya karşı yardım yükümlülüğünün ahlaki, geleneksel ve toplumsal nedenleri farklıdır. TMK m. 364 bu şekilde yorumlanmalıdır" (Yargıtay 3. Hukuk Dairesi, Esas: 2007/19271, Karar: 2008/860, Tarih: 22.1.2008).

<sup>43</sup> AŞIK, 30, 33, 34. ERDEM/MAKARACI-BAŞAK, 186, 492, 493. ÖZDEMİR, Yardım, 69.

<sup>44</sup> TÜRKMEN, 2708-2709. UZUN BİRİNCİ, 89, 119-121. DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, 362, dipnot: 338. KILIÇOĞLU, 486, 487. HATEMİ, 187. AKINTÜRK/ATEŞ, 401.

## B. DİYARBEKİR ŞER'İYYE SİCİLLERİNDE ÂMİD MAHKEMESİ'NİN NAFKA HAKKINDA BAZI İLÂMLARI

Diyarbakir şer'iyeye sicillerinde 18'inci yüzyıl Âmid Mahkemesi'nin 3709, 3715, 3754, 3789 ve 3828 numaralı sicillerinde, evlilik, hısımlık ve kimsesiz çocukların nafakaları hakkında otuz sekiz adet hüccet ayıklanmıştır. Derlenen ilâmların yorumlanması sonraki bölüme ertelenmiştir.

Mehmet Nebi'nin küçük kızı Ümmü'ye altı akçe nafaka bırakması müteveffanın nafaka vasiyetinden ileri gelmektedir.<sup>45</sup> Nesli, mehir, iddet nafakası ve gümüş kemer karşılığında kocası Halil İbrahim'den boşanmıştır.<sup>46</sup>

Duralı Allahyâdı ile Fatma'nın boşanmasında, Fatma'nın babası Süleyman'a verilen başlığın yine onda kalması üzerine Fatma iddet nafakasından vazgeçmiştir.<sup>47</sup>

Mehir, iddet nafakası ve kişisel eşyasından feragat ederek Ahmet Mahmut'tan boşanan Fatma'nın sonradan ev eşyasını talep etmesi, olumsuz karşılanmış, bu istem reddedilmiştir.<sup>48</sup>

Müteveffa Molla Mehmet'in küçük çocuklarına nafaka takdir edilmiştir. Bu nafakanın tahsil edilmesi için Molla Abdurrahman'a müteveffanın mülkünü satma yetkisi verilmiştir.<sup>49</sup>

Mehmet Paşa Mahallesi'nden Hamide ile Ubeyd'in muhâlea/hul yargılamasında, Hamide, yüz kuruş mehir alacağından vazgeçtiği gibi iddet nafakasıyla barınma masraflarını da üzerine almıştır.<sup>50</sup>

<sup>45</sup> Diyarbakir şer'iyeye sicilleri, Âmid Mahkemesi, 3709 Numaralı Sicil, 2b-3. Bu çalışmada sadece Diyarbakir şer'iyeye sicillerinde yer almış ve yalnız Âmid Mahkemesi tarafından karara bağlanmış hüccetler anılmaktadır. Bu nedenle, Âmid Mahkemesi ilâmlarına aşağıda değinilirken, ilk sırada sicil, ikinci etapta karar numarasına atıf yapılmaktadır.

<sup>46</sup> 3715, 10b-3.

<sup>47</sup> 3715, 14a-3.

<sup>48</sup> 3715, 26b-2.

<sup>49</sup> 3754, 95b-3.

<sup>50</sup> 3754, 101a-1.

Müteveffa İsmail'in küçük oğlu Yusuf'un nafakası için taşınmaz payının paraya çevrilmesi yoluna başvurulmuştur. Bunun için terekedeki evin iki hissesinin satılmasına karar verilmiştir.<sup>51</sup>

Hatice'nin kocası Hasan'ın "Altı ay sonunda gelmezsem boş ol" dediği şahitlerce doğrulanmıştır. Süresinde evine dönmeyen Hasan'la zevcesi Hatice'nin bu beyana göre boşanmalarına karar verilmiş ve nafaka hücceti hazırlanmıştır.<sup>52</sup>

Emine ve Abdulkadir'in evliliklerinin muhâlea/hul ile sona ermesine karar verilmiştir. Bu ilâmda, Emine'nin kırk kuruş mehir alacağıının muaccel yirmi kuruşundan ve nafaka gibi diğer alacaklarından vazgeçtiği belirtilmiştir.<sup>53</sup>

Seyyid el-Hac Mustafa'nın korumasındaki Ebubekir'den olma Ahmet'e mahkeme tarafından karşılanan on iki akçe nafaka tayin edildiği gibi Seyyid el-Hac Mustafa'ya istidâne izni de verilmiştir.<sup>54</sup>

Müteveffa Yusuf'un oğlu Ahmet'e annesi Rahmet vasi tayin edilmiş ve Ahmet için nafaka tespit edilmiştir.<sup>55</sup> El-Hac Ebubekir'le cariyesinin oğlu İbrahim'e nafaka tayin edilmiştir.<sup>56</sup>

Ayşe ile İbrahim arasındaki boşanma muhâlea/hul yöntemiyle gerçekleşmiş; Ayşe, eski eşinden tahsil etme imkânına sahip olduğu hâlde, İslâm Aile Hukuku kaynaklı tüm alacaklarından vazgeçmiştir.<sup>57</sup>

Gülşenzadelerden Mehmet, cami avlusuna bırakılan bebeğe sahip çıkmıştır. Âmid Mahkemesi, adı Sadullah konan bu bebek lehine nafaka tayin etmiştir.<sup>58</sup>

İsmail'in oğlu müteveffa Osman'ın kızı Rukiye'ye sekiz akçe nafaka tayin edilmiştir. Çünkü terzi Osman'ın annesi Medine Hanım, torunu

<sup>51</sup> 3754, 116a-1.

<sup>52</sup> 3754, 110b-1.

<sup>53</sup> 3754, 123b-2.

<sup>54</sup> 3754, 130a-2.

<sup>55</sup> 3754, 140b-1.

<sup>56</sup> 3754, 141a-3.

<sup>57</sup> 3754, 143a-1.

<sup>58</sup> 3754, 143b-1.

Rukiye'nin masraflarını tek başına karşılayamadığını belirtmiştir. Ayrıca valide Medine'ye, istidâne izni verilmiştir.<sup>59</sup>

Rukiye ile Ahmet'in evliliklerinin muhâlea ile sona ermesine karar verilmiştir. Bu hüccette, Rukiye'nin, boşanmadan kaynaklı mehir, iddet nafakası ve barınma gibi alacaklarından vazgeçtiği netleştirilmiştir.<sup>60</sup>

Hoca Ahmet mahallesinden Fatma ile Hüseyin'in evlilikleri muhâlea ile sona ermiştir. Fatma, Hüseyin'den talep edebileceği İslâm Aile Hukuku'ndan mütevellit tüm alacaklarından vazgeçmiştir, özellikle on kuruş mehir ve iddet nafakasını kendi üzerine almıştır.<sup>61</sup>

Çupi Mahallesi'nden Hayat'ın küçük kızı Esmâ ile küçük oğlu Mustafa'ya on ikişer akçe nafaka tayin edilmiştir.<sup>62</sup> Müteveffa Erve'nin küçük çocuklarının nafakası için, annelerinden kalan evin Molla Mustafa'ya satılmasına karar verilmiştir.<sup>63</sup>

Müteveffa İzoli el-Hac Hasan'ın küçük çocuklarının nafakası için Ergani'nin Salihli köyündeki bağ varisleri tarafından Seyyid Hüseyin'den gelen Seyid Ali'ye satılmıştır.<sup>64</sup>

Hoca Ahmet Mahallesi'nden Raziye'nin küçük oğlu Hasan'a nafaka tayin edildiği gibi anne Raziye'ye istidâne izni de verilmiştir.<sup>65</sup> Müteveffa Mehmet Ağa'nın küçük oğlu İbrahim'e annesi Ümmü vasi tayin edilerek çocuk lehine nafaka bağlanmıştır.<sup>66</sup>

Müteveffa Mehmet'in küçük oğlu Osman'a annesi Münteha'nın talebi üzerine beher yevm on akçe nafaka tayin edilmiştir. Osman adına bağlanan nafakayı kullanma yetkisi annesi Münteha'ya tanınmıştır.<sup>67</sup>

Annesinin küçük yaşta evlendirdiği İçkale'de oturan Rabia ve Ali'nin muhâlea/hul ile boşanmalarına karar verilmiştir. Bu kararla, Ra-

<sup>59</sup> 3754, 143b-4.

<sup>60</sup> 3754, 147a-2.

<sup>61</sup> 3754, 148b-3.

<sup>62</sup> 3754, 153a-2.

<sup>63</sup> 3754, 153b-1 ve 3754, 151b-3 (iki karar birbirinin aynıdır).

<sup>64</sup> 3754, 154a-1.

<sup>65</sup> 3754, 160a-3.

<sup>66</sup> 3754, 161a-1.

<sup>67</sup> 3754, 169b-2.

bia, Ali ile evliliğin sona ermesinden kaynaklanan malî içerikli tüm alacaklarından vazgeçmiştir.<sup>68</sup>

Ali'den boşanan Gülcü, mehir ve nafakasını vermesi için eski kocasını dava etmiştir. Şahitler, Ali'nin söz konusu mehir ve nafakayı daha önce ödediğini beyan etmiştir. Bu gerekçeyle alacak davası reddedilmiştir.<sup>69</sup>

Müteveffa Ali'nin küçük çocuklarının (ikisi kız ikisi erkek) nafakasının temin edilmesi amacıyla terekedeki bağın üzerindeki siyah üzümle Yahudi tarafından Aslan Raşa'ya satılmasına karar verilmiştir.<sup>70</sup>

Ümmü, Bağdat'a giden eşi Ketenci İbrahim Yusuf Abdullah'tan boşanmıştır. Zaten Ketenci, yola çıkmadan önce, bir sene tamamlandığında hâlâ dönmemiş olursa "zevcem Ümmü benden bir talâk boş olsun" demiştir ayrıca boşanırken Ümmü'nün nafaka ve sair alacaklarını tahsil etmesini onaylamıştır. Mahkeme, Ketenci'nin bu beyanına dayanarak, Ketenci ile Ümmü'nün evliliklerini sona erdirdiği gibi Ümmü lehine nafaka da takdir etmiştir.<sup>71</sup>

Hüsameddin Mahallesi'nde ikamet eden Sultan ile Ali Mehmet'in muhâlea/hul içerikli boşanma talebi incelenmiştir. Sultan, on kuruş mehir ve iddet nafakasından feragat etmiştir.<sup>72</sup>

Hoca Ahmed Mahallesi'nde oturan Rabia ve Mehmet'in muhâlea/hul yargılamasında Rabia, on beş kuruş mehir alacağından vazgeçtiği gibi iddet nafakasını da kendi üzerine almıştır.<sup>73</sup>

Diyab'dan olma Meryem ile Cuma Ali arasındaki boşanma davasında, muhâlea/hul yöntemi tercih edilmiştir. Meskenler Köyü sakinlerinden Meryem'in otuz kuruş mehir alacağı, gümüş bileziği ve iddet nafakasından kendi rızasıyla feragat ettiği görülmektedir. Taraflar, bir-

<sup>68</sup> 3754, 171a-1.

<sup>69</sup> 3754, 171b-3.

<sup>70</sup> 3754, 178b-2.

<sup>71</sup> 3789, 1a-2.

<sup>72</sup> 3789, 3b-1.

<sup>73</sup> 3789, 5b-1.

birlerini ardıl davalardan ibra etmişler ve aralarında niza kalmadığını beyan etmişlerdir.<sup>74</sup>

Nasef'ten olma Betyon ile Eplo'dan olma Tomo arasındaki boşanma ve nafaka davasında Tomo iaşesinden vazgeçmiş, yalnız eski eşinin sulbundan çocuğuna nafaka tahsis edilmiştir. İlâmda, işbu boşanma muhâlea/hul şeklinde anılmıştır. Kıtırbil-i zimmî köyünde oturan Betyon ve Tomo birbirlerine karşı "aralarında herhangi niza, ihtilaf veya alacak kalmadığını" beyan etmişlerdir. Betyon'un çocuğunu terbiye hakkı bâkidir.<sup>75</sup>

Molla Cenân Mahallesi'nde ikamet eden Aslan Nami bizzat yanında büyüttüğü Ebdo Emirhan'ın küçük oğlu İshak için babası Ebdo Emirhan'dan nafaka talep etmiş ve böylece altı akçe nafakaya hükmedilmiştir. Ayrıca İshak'ın tebennî ile emanet bırakıldığı Aslan Nami'ye istidâne izni verilmiştir.<sup>76</sup>

Seyyid Hüseyin'in eşi Ümmü dava açmıştır. Bu davada, Ümmü, gerek zatının gerek Seyyid Hüseyin'den oğlu İbrahim'in zarurî masrafları için nafaka istemiştir. Böylece Ümmü lehine on beş akçe nafaka kararlaştırılmıştır.<sup>77</sup>

Camiunnebi Mahallesi'nde İsrail'den gelen Seyyid Mehmet vefat etmiştir. Seyyid Mehmet'in küçük oğlu İsrail'in vasisi Seyyid el-Hac Feyzullah'ın korumasındaki çocuk için nafaka ve sair talepleri, altışar akçe meblağından takdir edilmiştir. Vasiye çocuğun nafakasını tahsil etmek için terekedeki mallara rücu ve istidâne izni verilmiştir.<sup>78</sup>

Hasan Beşe'nin boşadığı hanımına bir kereye mahsus otuz kuruş nafaka vermesi takdir edilmiştir. Hasan Beşe'nin hanımı, ilk başta talep ettiği iki yüz kuruşluk mehir alacağını, daha sonra eski eşine hul eylemiştir. Hasan Beşe'nin zevcesinin mehir alacağından vazgeçmesi mah-

<sup>74</sup> 3789, 14b-2.

<sup>75</sup> 3789, 9b-1.

<sup>76</sup> 3789, 20b-1.

<sup>77</sup> 3789, 42a-3.

<sup>78</sup> 3789, 39a-2.

kemede Dellâl Ahmet Beşe ve Kürdoğlu Mehmet Beşe şahitliğinde gerçekleşmiştir.<sup>79</sup>

Şeyh Matar Mahallesi'nde sakinken vefat eden Antoş Osib'in kızı Sidiye'ye verilen nafakanın yeterli gelmemesi ve muhtaç kalması üzerine, kendisi lehine almış akçe nafakaya hükmedilmiştir. Ayrıca işbu nafakanın tahsili için müteveffa babası Antoş Osib'den kalan mala Sidiye'nin rücu etmesine izin verilmiştir.<sup>80</sup>

Bezzaz Molla İsmail ile Hüseyin Ağadan olma Esmâ Hatun'un boşanmalarında, mehir ve nafaka verilmesi sağlanmıştır. Öyle ki Esmâ Hatun'un muaccel mehir alacağı yanı sıra kadife cüppe, saç tokası ve entari haricinde, iddet nafakası, doğması beklenen bebeğe ise yedi yaşına kadar terbiye ve nafaka kararlaştırılmıştır.<sup>81</sup>

Kumar oynamayı itiyat hâline getirmiş hatta Ramazan ayında bile kumar oynamış kocası Sinan'ı boşayan Hacı Hasan Ağa'dan olma Zeliha'nın üç ay on günlük nafakasını ve mehir alacağını tahsil etmesi uygun görülmüştür.<sup>82</sup>

### C. ÂMİD MAHKEMESİ SİCİLLERİNDEN SEÇİLEN NAFKA KONULU KARARLARIN DEĞERLENDİRİLMESİ

Âmid Mahkemesi'nin nafaka konulu kararlarının değerlendirilmesi, incelenen yüzyılda Diyarbakir'deki boşanmış kadınların ve bakıma muhtaç kimsesiz veya terk edilmiş çocukların sosyal ve ekonomik konumlarını ortaya koyabilir. Doktrinde, 17'nci yüzyıl Konya şer'iyye sicillerinde, kadınların kendilerinin ve/veya çocuklarının iâşesini temin amacıyla nafaka taleplerinde çekingen davranmadıkları, bu haklarının peşinden gittikleri belirlenmiştir.<sup>83</sup> Acaba nafakalarına yönelik hukukî mücadelelerinde Diyarbakir'deki kadınlar da aynı düzeyde cesur muydu?

Âmid Mahkemesi'nin nafaka konulu kararları doktrinde tahlil edilmiştir. İlk analize göre, 18'inci yüzyıl Diyarbakir şer'iyye sicillerinde,

<sup>79</sup> 3828, 1a-1.

<sup>80</sup> 3828, 28a-3.

<sup>81</sup> 3828, 5a-1.

<sup>82</sup> 3828, 25a-1.

<sup>83</sup> TEZCAN, 191. ÖZENÇ, 94.



kadınların, kocalarına borç verdikleri, taahhüt ettiği mehirleri ödemeyen eşlerinin takipçisi oldukları tespit edilmiştir. Ayrıca, muhâlea/hul yoluyla boşanma, diğer Osmanlı vilayetlerinde olduğu gibi Âmid'de de en fazla tercih edilen yoldur. Bu tarzda boşanma isteği kadın tarafından gelmiştir. Kocasından boşanmak isteyen kadınların, mehir, nafaka gibi temel haklarından vazgeçmelerinin yanında, bazen kocalarına ilave ödeme yaptıkları belgelere yansımıştır.<sup>84</sup> İkinci değerlendirmeye göre, boşanma davalarının üçte birinde nafakaya hükmedilmiştir. Nafaka miktarı alacaklı ve borçlunun refah seviyesiyle ilgilidir; günlük beş ila on beş akçe arasında değişiklik göstermektedir. Ödeme süresi, iddet müddetiyle sınırlıdır. Nafaka konulu davaların dörtte birinde kadınlar nafaka gibi sair malî yönlü haklarını talep etmekten vazgeçmiştir. Kadınların böylece hem nafakadan hem de evinin geçimi için gerekli masraflardan feragat ettiği anlaşılmaktadır. İddet süresi için belirli nafakaların tayin edildiği ama çoğu kadınların söz konusu nafakayı kabul etmedikleri görülmüştür.<sup>85</sup>

Anılan görüşlere kısmen katılmak mümkündür. Kararların on adedinde muhâlea uygulanmıştır.<sup>86</sup> Fakat on kararın nafaka konulu davaların tamamının sayısıyla oranlanmasına karşı çıkılmalıdır. Bu bakış açısında muhâlea oranı dörtte bire tekabül etmemektedir. Öyle ki, incelenen otuz sekiz karardan on dokuzu boşanma hakkında değildir.<sup>87</sup> Bakıma muhtaç kimsesiz çocukların nafaka davalarıyla hul içeren boşanmaları oranlamak anlamlı sonuç vermez. Boşanma hakkında on dokuz karardan onunda evlilikler muhâlea/hul yöntemiyle sona ermiştir. Öyleyse evliliklerin sona ermesinde muhâlea/hul pratiği, on dokuzda on, yani aşağı yukarı yüzde elli iki oranına karşılık gelmektedir. Diğer taraftan kendilerine nafaka önerildiği hâlde kadınların bu öneriyi reddetmeleri açıklaması şüphe uyandırıcıdır. Söz konusu feragatlerin, kadınların

<sup>84</sup> ÖZENÇ, 73, 121, 122.

<sup>85</sup> İSTEK, 1109, 1120.

<sup>86</sup> 3754, 101a-1; 3754, 123b-2; 3754, 143a-1; 3754, 147a-2; 3754, 148b-3; 3754, 171a-1; 3789, 3b-1; 3789, 5b-1; 3789, 14b-2; 3789, 37b-1.

<sup>87</sup> 3709, 2b-3; 3754, 95b-3; 3754, 116a-1; 3754, 130a-2; 3754, 140b-1; 3754, 141a-3; 3754, 143b-1; 3754, 143b-4; 3754, 153a-2; 3754, 153b-1 ve 3754, 151b-3 (iki karar birbirinin aynıdır); 3754, 154a-1; 3754, 160a-3; 3754, 161a-1; 3754, 169b-2; 3754, 178b-2; 3789, 20b-1; 3789, 42a-3; 3789, 39a-2; 3828, 28a-3.

keyiflerinden veya isteksizliklerinden kaynaklandığını andıran yorumlama tarzı isabetli sayılmayabilir. İddet süresine ilişkin nafakaların kadınlara önerilmesi fakat onların her nasılsa bu nafakaları kabul etmemesi şeklindeki açıklama hayatın olağan akışına uymayabilir.

İslâm Aile Hukuku gereği, muhâlea/hul boşanmalarında, eşini ayrılığa ikna etmeyi arzu eden kadının ayrılık sonrası alacaklarını talep etmekten çoğunlukla vazgeçmesi, yukarıda açıklanmıştır.<sup>88</sup> Türk Medenî Hukuku'na gelince, Türk Medenî Kanunu'nun 174 ve 175'inci maddelerine göre kadın veya erkek fark etmeksizin ağır kusurlu eşin maddî tazminat veya yoksulluk nafakası talebi reddedilir. Lâkin dava süresini kapsayan tedbir ve çocukların bakımına katkı sağlayan iştirak nafakaları eşlerin kusurundan bağımsızdır. Tabii ki eşlerin birbirlerini beğenmemesi ve/veya arzulamaması, zina yapmadıkları sürece, onlara kusur atfına mahal vermez. İddiaların kanıtlanması kaydıyla, eşlerden sadır geçimsizlik ve haksızlık kusur addedilebilir. Yalnız evliliğin sona ermesinde ağır kusur, tedbir ve iştirak nafakalarının hak edilmesinde dikkate alınmaz.<sup>89</sup> Bu bilgiler ışığında, 18'inci yüzyıl Diyarbekir şer'iyeye sicillerinde belirli bedeller ödeyerek âdetâ ne olursa olsun evlilik birliğinden kurtulmayı arzu eden kadınların oranı on dokuzda on (takribi yüzde elli iki) tespit edilmekle, bu durumlarda kadınların kâfi korunup korunmadığı veya onlara ağır kusur atfedilip edilemediği belirli değildir. Âmid Mahkemesi'nin incelenen ilâmlarında sadece boşanmanın çeşidine ve

<sup>88</sup> Bu boşanma şeklinde kadının konumu için bakınız: A- İslâm ve Türk Hukuklarına Göre Evliliğin Sona Ermesi ve Hısımlık İlişkilerinde Nafakalar, 1- İslâm Aile Hukuku'nda Evlilik ve Hısımlık Nafakası Hakkında Kısa Bilgiler.

<sup>89</sup> Ağır kusurlu eş lehine maddî tazminat veya yoksulluk nafakasına hükmedilmez (DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, 153, 158; KILIÇOĞLU, 129, 135; HATEMİ, 137, 138; ERDEM/MAKARACI-BAŞAK, 189, 190, 201. AKINTÜRK/ATEŞ, 295, 302. ÇİTAK, 242, 243; HAMZAÇEBİ, 25, 32, 33; ÖCAL, 49-54; ŞAHİN, 78, 84, 85; KULAKLI, 238, 241, 242; DOĞAN, 78, 79; DEMİR, 225, 228; ÖCAL AKİPEK, 15; EROĞLU, 6; MOROĞLU, 11; KARTAL, 41-50). Ağır kusurlu kadın yararına yoksulluk nafakası takdir edilemez. O hâlde, kadının yoksulluk nafakası talebinin reddi gerekir (Yargıtay 2. Hukuk Dairesi, Esas: 2019/4096, Karar: 2019/11459, Tarih: 25.11.2019). Ayrıca maddî tazminat, tedbir ve yoksulluk nafakaları hakkında daha ayrıntılı açıklamalar için bakınız: A- İslâm ve Türk Hukuklarına Göre Evliliğin Sona Ermesi ve Hısımlık İlişkilerinde Nafakalar, 1- İslâm Aile Hukuku'nda Evlilik ve Hısımlık Nafakası Hakkında Kısa Bilgiler, 2- Türk Medenî Hukuku'nda Evliliğin ve Bu İlişkinin Sona Ermesinin Eşler Açısından Doğurduğu Ortak Malî Sonuçların Özetlenmesi.

vazgeçilenlere yer verilmektedir, böylesine boşanmaların gerçek saikleri aktarılmamaktadır. Dahası, muhâlea/hul hakkındaki kararların metinlerinde, boşanan kadınların mehir, iddet nafakası ve kişisel eşyaları gibi kendi malî içerikli hakları dışında, ortak çocuklarının iâşesinden vazgeçip geçmedikleri de ekseriyetle net değildir. Bunlara karşılık, tersten yorum faaliyeti, kadınlar lehine nafakalı boşanma oranının aşağı yukarı yüzde kırk sekiz çıktığını göstermektedir ki bu oran boşanan kadınların ekonomik durumu hakkında iyimser manzara çizmektedir.

Türk Medenî Kanunu'nun 166'ncı maddesinin 3'üncü fıkrasında, ancak hâkim kararıyla vuku bulan anlaşmalı boşanmaya yer verilmektedir. Anlaşmalı boşanma protokolünün boşanma sürecini ve devamını yönetmesi sadece hâkimin onayıyla mümkündür. Hâkim bilhassa velâyet ve iştirak nafakasında takdir yetkisini kullanır.<sup>90</sup> İlk bakışta, muhâlea/hul, bazı açılardan anlaşmalı boşanmaya benzetilebilir. Öyle ki, anlaşmalı boşanma protokolünde sırf evlilik ilişkisinden kurtulmak için boşanma hukukundan mütevellit tüm alacaklarından vazgeçen eşin durumu muhâlea/hul uygulamasını andırmaktadır. Yalnız anlaşmalı boşanma protokolünde sırf boşanmak uğruna nafaka ve/veya tazminat talep etmediğini açıklayan kadın yahut erkek olabilir. Ayrıca, evliliği sona erdirirken eşit hak ve yetkilere sahip tarafların salt anlaşmasıyla

<sup>90</sup> Anlaşmalı boşanma protokolünde iştirak nafakasından vazgeçilmesi daha sonra iştirak nafakası davası açılmasına mâni olmaz (Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, Esas: 2017/2613, Karar: 2019/1191, Tarih: 14.11.2019; SEÇER, Ö., "Anlaşmalı Boşanmada Eşlerin Yaptıkları Anlaşma", İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2016, 7/2, 269; ERDEM/MAKARACI-BAŞAK, 139, dipnot: 229). Anlaşmalı boşanma hakkında ayrıca bakınız: DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, 122-124. KILIÇOĞLU, 111-113. HATEMİ, 126, 127. AKINTÜRK/ATEŞ, 269-271. ERDEM/MAKARACI-BAŞAK, 133-140.

Bu çalışmada nafakaya odaklanılsa da mehir konusuna Türk Aile Hukuku açısından kısaca değinilmelidir. Mehir alacaklısı kadın eşin anlaşmalı boşanmayla eşinden ayrılması olasılığında, anlaşmalı boşanma protokolünde engel hüküm bulunmuyorsa, evlilik birliğinin sona ermesiyle İslâm Aile Hukuku'na göre ödenmesi gereken mehir bağışlama hükümlerine tâbidir. Çünkü müccel mehir, ileriye dönük (yani evliliğin boşanma ya da kocanın ölümüyle son bulması şartına bağlı) bağışlama vaadi şeklinde nitelenmektedir. TÜRKMEN, Mehir, 547-563. TEKELİOĞLU, 223, 224. Yine mehir sunmayı planlayan koca, tapuya kayıtlı taşınmaz mülkiyetini eşine devretmeyi resmî şekle uygun vaat etmişse, böylesine resmî senet (anlaşmalı) boşanma üzerine tescile zorlama davasına konu edilebilir meğerki kesinleşen mahkeme kararına derc edilen anlaşmalı boşanma protokolünde bu ardıl icbar davasına ket vuran madde bulunsun. TEKELİOĞLU, 244, 245.

değil ancak mahkeme kararının kesinleşmesiyle boşanma gerçekleşir. Üstelik, hâkim, protokolün tamamını kontrol ettiği üzere, özellikle velâyet ve iştirak nafakası konularında takdir yetkisini kullanır. En önemlisi, boşanmanın gerçekleşmesinde ve türünün netleşmesinde ne kadın ne de erkek eşin iradesi üstündür.

İslâm Aile Hukuku'nda sona eren evlilik hasebiyle kadına ödenen geçim nafakasının süre bakımından iddet müddetiyle sınırlandırıldığı aktarılmıştır.<sup>91</sup> Nitekim 18'inci yüzyıl Âmid Mahkemesi ilâmlarında da kadın eş lehine iddet müddetine tekabül eden evlilik nafakasından bahsedilmektedir.<sup>92</sup> Aslında Türk Medenî Kanunu'nun 175'inci maddesinde yoksulluk nafakasının kural olarak süresiz düzenlenmesi, Yargıtay hatta Anayasa Mahkemesi içtihatlarına konu olduğu gibi,<sup>93</sup> akademik mecralarda da yoğun tartışılmaktadır.<sup>94</sup> Herhâlde, Türk Medenî Kanunu'nda,

<sup>91</sup> Bu boşanma şeklinde kadının konumu için bakınız: A- İslâm ve Türk Hukuklarına Göre Evliliğin Sona Ermesi ve Hısımlık İlişkilerinde Nafakalar, 1- İslâm Aile Hukuku'nda Evlilik ve Hısımlık Nafakası Hakkında Kısa Bilgiler.

<sup>92</sup> 3715, 10b-3; 3715, 14a-3; 3715, 26b-2; 3754, 147a-2; 3789, 5b-1; 3789, 37b-1; 3789, 20b-1.

<sup>93</sup> Türk Medenî Kanunu'nun 175'inci maddesindeki süresiz düzenlemesinin Anayasa'ya aykırı olduğu iddia edilmiş, fakat Anayasa Mahkemesi uygun olduğunu içtihat etmiştir (Anayasa Mahkemesi, Esas: 2011/136, Karar: 2012/72, Tarih: 17.5.2012, <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2012/06/20120626-25.htm>, Erişim Tarihi: 13.4.2022). Ayrıca, boşanma sonucunda yoksulluk nafakası ödemeye mahkûm edilmesi nedeniyle maddî ve manevî varlığını koruma ve geliştirme hakkının ihlâl edildiğini iddia eden başvurucunun başvurusu da reddedilmiştir (Anayasa Mahkemesi, Başvuru: 2015/11677, Tarih: 8.7.2020, <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2015/11677>, Erişim Tarihi: 13.4.2022). Yargıtay'ın, belirli süreli veya süresiz nafaka talep edilmesi hâlinde hâkimin daha az süre için nafakaya hükmedemeyeceği, bu hususta takdir hakkına sahip olmadığı yönünde yerleşik içtihatlarından biri anılmalıdır (Yargıtay 2. Hukuk Dairesi, Esas: 2012/14283, Karar:2012/19487, Tarih: 11.7.2012).

<sup>94</sup> Yoksulluk nafakasının kanunda kural olarak süresiz düzenlenmesinin yerinde ve böyle kalmasının uygun olduğunu; hâkimin nafakayı süreli veya süresiz belirlerken taleple bağlı olmaması gerektiğini (veya zaten hâlihazırda da bağlı olmadığını) savunanlar için bakınız: ÖCAL AKİPEK, 14-21. EROĞLU, 6-9. YURT, 181. MOROĞLU, 13. ÖZDEMİR, adı geçen eser. DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, 160. Mezkûr kanunî düzenlemenin değişmesi gerektiği yönünde bakınız: YILDIRIM, 54-64. KARTAL, 76-112. DEMİRBAŞ, 229-233. KULAKLI, 261-264. UYANIK, 82, 83. ŞAHİN, 88, 89, 94, 95. DEMİR, 242, 243. ÖCAL, 149-158. İPEKYÜZ YAVUZ, 10, 11. Ayrıca bakınız: KILIÇOĞLU, 136. HATEMİ, 137. AKINTÜRK/ATEŞ, 305. Yoksulluk nafakasına ilişkin yasal düzenlemenin evliliğin süresinin dikkate alınması ve çalışma gücüne

yoksulluk nafakası, sırf kadın lehine değildir ve iddet müddetiyle takyit edilmemektedir. Yoksulluk nafakasını kural olarak süresiz planlayan Türk Medenî Kanunu'nun 175'inci maddesinin mevcudu korunmalı, bununla birlikte bu maddeye nafakanın süresi konusunda hâkimi geniş takdir yetkisiyle donatan yeni fıkra eklenmelidir. Söz konusu maddede ki "kural olarak süresiz" nafaka düzenlemesi evliliklerin uzun sürdüğü ve boşanan eşlerin bir daha evlenemeyeceği ön kabulüne dayanmaktadır. Ne var ki artık bu varsayıma itibar edilemez. Zira Türkiye İstatistik Kurumu 2021 verilerine göre, boşanmaların %33,6'sı evliliğin ilk 5 yılı, %20,9'u ise evliliğin 6-10 yılı içinde gerçekleşmiştir.<sup>95</sup> Boşanmaların üçte biri evliliğin ilk beş yılına kadar gerçekleşiyorsa, bundan böyle süresiz nafaka prensibini sorgulamanın zamanı gelmiştir. Kaldı ki, Yargıtay'ın belirli süreli veya süresiz nafaka talep edildiğinde hâkimi buna uymak zorunda bırakan ve mahkemenin talep edilenden daha az süreli nafakaya hükmetmesini engelleyen içtihadı hayatın olağan akışına aykırıdır. Her davacı mümkün olan en fazlasını talep eder. Yargıtay'ın tekdüze tutumu, yoksulluk nafakası davacılarını her hâlükârda süresiz nafaka talep etmeye iter. Daha doğrusu malum Yargıtay içtihatlarını bilen hiçbir davacı süreli nafaka talep etmez. Esasen ilgili kanun maddesinin düzeltilmeye değil, ilaveye ihtiyacı bulunmaktadır. Hâkim, nafakanın miktarı bakımından elbette talep sonucuyla bağlıdır, ancak talep edilen tutara veya daha azına hükmedebilir. Ne var ki nafakanın süresi bakımından hâkimin talep sonucuyla bağlı olmadığını teyit eden fıkra eklenmesi önerilmektedir. Yürürlüğe konulması tavsiye edilen fıkrada, hâkimin sadece tarafların ekonomik durumlarını değil evliliğin süresini ve benzeri diğer koşulları da dikkate alarak hakkaniyete uygun nafaka süresini takdir edebilmesi netleştirilmelidir. Bu noktada, İsviçre Medenî

---

sahip kişinin keyfi çalışmamasının desteklenmemesi kaydıyla süresiz kalabileceği yönünde bakınız: ERDEM/MAKARACI-BAŞAK, 207, 208. Yoksulluk nafakasındaki süresizlik karakterinin değiştirilmesi gerektiği; bunun için, hâkime takdir yetkisi verecek şekilde, evliliğin süresi, velâyet durumu ve gelir getirici işte çalışma olasılığı gibi kriterlerin kanun metnine girmesinde fayda bulunduğu ve evliliğin süresine göre nafaka müddetinin sınırlanması gerektiği yönünde bakınız: KÖKSALAN, 57, 58.

<sup>95</sup> Türkiye İstatistik Kurumu, Evlenme ve Boşanma İstatistikleri 2021, <https://data.tui.k.gov.tr/Bulten/Index?p=Evlenme-ve-Bosanma-Istatistikleri-2021-45568>, Erişim Tarihi: 13.4.2022.

Kanunu'nun 125'inci maddesinde sekiz bent hâlinde sayılan kriterler örnek alınabilir. Bir kere belirli miktarda yoksulluk nafakası talep edildikten sonra artık hâkimin tüm hâl ve şartları, özellikle sona ermiş evliliğin süresini, eşlerin yaşlarıyla sağlık durumlarını ve çalışma kudretlerini nazarı itibara alarak nafakanın süresini bizzat takdir etmesi en mantıklısıdır. Böylece doktrindeki tartışmalar son bulacağı gibi hâkimin nafakanın süresi konusundaki takdir yetkisinin önünü kesen Yargıtay kararları da etkisizleşecektir. Diğer taraftan, evliliğin müddetine göre nafaka süresini kanun koyucunun peşinen tayin etmesi şeklinde kazuistik düzenleme tehlikelidir. Böylesine kanunî dayatmanın somut olay adaleatine her zaman hizmet etmeyeceği kolaylıkla öngörülebilir.

Osmanlı İmparatorluğu'nda gayrimüslimler özel hukuk dâhilindeki meselelerin hâlli amacıyla kendi cemaatlerinin mahkemelerine müracaat edebilirdi. Buna rağmen, boşanma, nafaka ve miras ihtilaflarında kadıya başvurdukları vakiydi.<sup>96</sup> Gerçekten, 18'inci yüzyıl Âmid Mahkemesi'nin sadece nafaka hakkındaki ihtilaflarında bile iki tanesi gayrimüslimlerin birbirlerinden nafaka alacağı sorununu çözmüştür. İlkinde, iki gayrimüslim Betyon ve Tomo arasındaki boşanma ve nafaka ihtilafı giderilmiştir.<sup>97</sup> Yine müteveffa Antoş Osib'in kızı Sidiye'ye bağlanan nafaka miktarının artırılması da Âmid kadısı marifetiyle sağlanmıştır.<sup>98</sup> Gayrimüslimlerin kendi cemaat mahkemelerine değil de şer'iyye mahkemelerine başvurmaları çarpıcıdır. Zira şer'iyye mahkemelerinden biri statüsündeki Âmid Mahkemesi'nde, anılan iki davanın yargılama faaliyeti, her ne kadar tarafları Müslüman olmasa da İslâm Aile Hukuku'na göre yürütülmüştür. Öyleyse somut olaylardaki gayrimüslimler ya şer'i hukuka ya da başvurdukları kadının şahsına, belki de her ikisine itimat etmekteydi. Günümüzde Türk Medenî Hukuku'na dayalı yargılama

<sup>96</sup> BULUT, 209, 210. Nitekim Siirt şer'iyye sicillerinde de çocuğa nafaka bağlanmasında Müslüman gayrimüslim çocuk ayırımına gidilmemiştir. SAVUR, 118. Kayseri'de şer'iyye mahkemesine başvuran kadınlar arasında gayrimüslim kadınlar bulunmaktadır. ESİRGİN ÖRSTEN, S., "Aile Hukuku ve Mülkiyet İlişkileri Açısından Klasik Dönem Osmanlı Hukuku'nda Gayrimüslim Kadın", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2016, 65/3, 895.

<sup>97</sup> 3789, 9b-1.

<sup>98</sup> 3828, 28a-3.

faaliyeti yürüten aile mahkemelerinde Müslüman veya gayrimüslim ayırımı bulunmadığı aşikârdır.

Doktrinde, Âmid Mahkemesi'nde kadınların ikame ettiği alacak davalarından yüzde yetmiş ikisinin davacı kadınlar lehine sonuçlandığı tespit edilmiştir.<sup>99</sup> Bu tespite, incelenen nafaka davaları özelinde katılmak mümkün değildir. Zira söz konusu otuz sekiz kararın dokuzunda ne davacı ne de hükümden yararlanan kadın veya kız çocuğudur.<sup>100</sup> Geriye kalan yirmi dokuz kararda davacı veya hükümden yararlanan taraf, zevce, anne veya kız çocuğu statüsündedir ki bunlardan on sekizinde kazançlı çıkan kadın veya kız çocuğudur.<sup>101</sup> 18'inci yüzyıl Âmid Mahkemesi'nde davacı kadınların kazandığı veya kız çocukları lehine nafakaya hükmedildiği dava oranı, yirmi dokuzda on sekiz yani aşağı yukarı yüzde altmış ikiye denk gelmektedir. İslâm Aile Hukuku'ndan farklı vaziyette, Türk Medenî Kanunu'nda, boşanma davası derdestken tedbir nafakası veya sonrasında iştirak, yoksulluk nafakalarıyla maddî, manevî tazminatların borçlusu yalnız erkek değil kadın da olabilir.<sup>102</sup> Daha doğrusu, 169, 174, 175 ve 197'nci maddelerin kurulumunda tazminat veya nafaka alacaklısının kadın veya erkek cinsiyeti etken sayılmamaktadır. Şu hâlde, Türk Medenî Kanunu'na göre Türk Aile Hukuku uygulamasında nafaka ve/veya tazminat davalarının kadınların lehine veya aleyhine sonuçlandığını sorgulamak anlamlı değildir. Çünkü bu sistemde nafaka alacaklısının cinsiyetiyle hukukî korelasyondan bahsedilemez.

İslâm Aile Hukuku'nda kimsesiz veya terk edilmiş çocukların iâşesinin kademeli olarak, tebennî ile emanet edilen ailesinden veya varsa vasisinden yahut hayırseverlerden karşılandığı aktarılmıştır. Öyle ki

<sup>99</sup> ÖZENÇ, 94, dipnot 25.

<sup>100</sup> 3754, 116a-1; 3754, 130a-2; 3754, 95b-3; 3754, 141a-3; 3754, 143b-1; 3754, 153b-1 ve 3754, 151b-3 (iki karar birbirinin aynıdır); 3754, 154a-1; 3789, 20b-1; 3789, 39a-2.

<sup>101</sup> 3709, 2b-3; 3715, 10b-3; 3715, 14a-3; 3754, 110b-1; 3754, 140b-1; 3754, 143b-4; 3754, 153a-2; 3754, 160a-3; 3754, 161a-1; 3754, 169b-2; 3754, 178b-2; 3789, 1a-2; 3789, 9b-1; 3789, 42a-3; 3828, 1a-1; 3828, 28a-3; 3828, 5a-1; 3828, 25a-1.

<sup>102</sup> Daha ayrıntılı bilgi için bakınız: A- İslâm ve Türk Hukuklarına Göre Evliliğin Sona Ermesi ve Hısımlık İlişkilerinde Nafakalar, 1- İslâm Aile Hukuku'nda Evlilik ve Hısımlık Nafakası Hakkında Kısa Bilgiler, 2- Türk Medenî Hukuku'nda Evliliğin ve Bu İlişkinin Sona Ermesinin Eşler Açısından Doğurduğu Ortak Malî Sonuçların Özetlenmesi.

böylesine çocuğun bakım masrafları anılan kaynaklardan sağlanamıyorsa, nafakayı, büyüyüp çalışmaya başladığı zaman çocuğun kendi kazancından peyderpey tahsil edilmek şartıyla mahkeme karşılamaktadır. Kimsesiz çocuğun bakım masraflarının mahkeme veznesinden ödenen nafakayla temin edilmesi, son çare olarak başvurulmuş yöntemdir.<sup>103</sup> Nitekim bir ilâmın konusu, cariyesinden doğan oğlunun bakım masrafları için mahkemeden nafaka isteyen babadır. El-Hâc Ebubekir'le cariyesinin oğlu İbrahim'e mahkemenin nafaka ödemesine karar verilmiştir.<sup>104</sup> Ayrıca cami avlusuna bırakılan bebeğe sahip çıkan Gülşenzadelerden Mehmet'in adı Sadullah konan bu bebek lehine mahkemeden nafaka talep etmesi de aynı minvaldedir.<sup>105</sup> Yine teberru kastı olmaksızın koruma altına alınan Ahmet'e tebennî ailesinin reisi Seyyid el-Hac Mustafa'nın talebiyle mahkeme tarafından karşılanan nafaka belirlenmiştir.<sup>106</sup> Oysa Türk Medenî Kanunu'nun 312, 347, 365, 366, 432-436, 446, 447 ve 462'inci maddelerinde geçen kurumlarca yardıma muhtaç kişilere sarf edilen masraflar daha sonra bu kişilerden tahsil edilmemektedir. Bu konuda son olarak belirtilmelidir ki, Türk Medenî Kanunu'nun 365 ve 366'ıncı maddelerinde korunmaya muhtaç kişiye bakan kurumun yardım nafakasıyla yükümlü hısımlara nafaka alacaklısının halefi sıfatıyla nafaka davası ikame etmesi düzenlenmektedir.<sup>107</sup> Lâkin burada kurum korunmaya muhtaç kişinin zatına değil onun yardım nafakasıyla yükümlü hısımlarına yönelmektedir. Öyleyse Âmid Mahkemesi'nin anılan üç kararı hakkında şöyle değerlendirmelerde bulunulabilir. Güncel anayasa hukuku anlamında sosyal devlet ilkesinin Diyarbekir'de henüz uygu-

<sup>103</sup> Kimsesiz veya terk edilen çocukların masraflarının karşılanması hakkında bakınız: A- İslâm ve Türk Hukuklarına Göre Evliliğin Sona Ermesi ve Hısımlık İlişkilerinde Nafakalar, 1- İslâm Aile Hukuku'nda Evlilik ve Hısımlık Nafakası Hakkında Kısa Bilgiler.

<sup>104</sup> 3754, 141a-3. Ayrıca bakınız: ÖZENÇ, 89. ÇITAK, 45.

<sup>105</sup> 3754, 143b-1.

<sup>106</sup> 3754, 130a-2.

<sup>107</sup> Muhtaç kişiye bakan kurumun yardım nafakasıyla yükümlü hısımlara nafaka alacaklısının halefi sıfatıyla nafaka davası ikame etmesi hakkında bakınız: TÜZÜNER, Ö., "Korunmaya Muhtaç Yaşlılara Bakan Kurumlar ve Nafaka Yükümlüsü Hısımlar", Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2014, 9/113-114, 94, 99-101. Ayrıca bakınız: ERDEM/MAKARACI-BAŞAK, 498. DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, 386. AKINTÜRK/ATEŞ, 448. UZUN BİRİNCİ, 113. KILIÇOĞLU, 532.



lanmadığı dönemde, teberru kastı olmaksızın tebennî ile bakımı üstlenilen kimsesiz çocuklar büyüyüp meslekî yaşamlarına adım attıklarında akranlarına oranla dezavantajlıydı. Çünkü kendileri lehine nafaka ödemiş mahkemeye borçlu vaziyette iş hayatına başlayan böylesine gençler, ilk kazançlarıyla önce bu borcu kapatmakla yükümlüydü.

Âmid'de kocalarıyla irtibatları kesilen kadınlar boşanma ve/veya nafaka için mahkemeye müracaat etmişlerdir. Bu kadınların talepleri iki yönlüydü; ya eşlerinin döneceği zamana kadar kendilerine nafaka bağlanmasını ya da kocalarından boşanmayı ve yine nafaka alacaklarının tahsil edilmesini talep etmişlerdir.<sup>108</sup> Hakikaten Âmid Mahkemesi'nin iki kararındaki nafakanın temelinde, iş için sefere çıkıp kendisinden bir daha haber alınamayan koca olgusu göze çarpmaktadır. Bağdat'a gidip geri gelmeyen Ketenci İbrahim Yusuf Abdullah'tan Ümmü'nün boşanması böyledir. Ketenci, yola çıkmadan önce, bir sene tamamlandığında hâlâ dönmemiş olursa eşine nafaka ve sair alacaklarını tahsil ederek boş olmasını beyan etmiştir.<sup>109</sup> Aynı yönde, Hatice'nin kocası Hasan'ın "Altı ay sonunda gelmezsem boş ol" dediği şahitlerce doğrulanmıştır. Süresinde evine dönmeyen Hasan'la zevcesi Hatice'nin evliliklerinin bu beyana göre sona erdirilmesine karar verilmiş ve nafaka hücceti hazırlanmıştır.<sup>110</sup> İslâm Hukuku doktrininde, yuvasından ayrılan kocanın böylesine şartlı talâk beyanı bulunmadığında, yalnız kalan zevcenin ne kadar süre eşini beklemesi gerektiği mezheplere göre değişkenlik arz etmektedir.<sup>111</sup> Diğer taraftan, nafaka bırakmamış gaip/mefkûd koca nedeniyle

<sup>108</sup> ÖZENÇ, 126.

<sup>109</sup> 3789, 1a-2.

<sup>110</sup> 3754, 110b-1.

<sup>111</sup> ÜNALAN, A., "İslâm Hukuku'nda Gaibin/Mefkûdun Evlilik ve Miras Durumu (Mukayeseli Olarak)", Dicle Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi, 2001, 3/1, 112-123. Belirtilmelidir ki, gaip veya mefkûd koca ardından kadın eşin beklemesi uygun görülen sürenin uzunluğu mezhepler arasında değişkendir. Kadın eşin, Hz. Ömer (r.a), dört yıl beklemesini; Hz. Ali (r.a) ise, kocasının ölümü kesinleşinceye kadar sabretmesini içtihat etmiştir. TOPÇUOĞLU, A. A., "İslâm Hukuku ve Türk Medenî Kanunu Bağlamında Gâibin/Mefkûdun Hükmen Ölü Sayılması Sonucunda Malların Hukukî Durumu", Erzurum Kültür Eğitim Vakfı Akademi Dergisi, 2014, 8/19, 160-163. ÜNALAN, 113, 117, 124. Yalnız Hz. Ali'ye (r.a.) atfedilen görüşün gerçeğe uygunluğu doktrinde sorgulanmaktadır. ÜNALAN, 117, 118. Belki de mezhepler arası ayrışmanın sebebi, halifelerden ikisinin benzeri olaylarda farklı çözüm üretmesidir.

zaruret hâlinde kalan kadınların başvurusu üzerine onlara nafaka takdir edilebilir ve/veya istidâne izni verilebilir, yani onlar kayıp eşleri adına borçlanma yetkisiyle donatılabilir. Böylece kocaları kayıp yalnız kadınların varsa çocuklarıyla birlikte sosyal yaşamlarını layığıyla sürdürmeleri bir yandan kocaların mallarının paraya çevrilmesinden elde edilen nafakayla diğer yandan istidâne izniyle sağlanmaktadır.<sup>112</sup> Ticaret yapmak ya da başka gerekçelerle eşini terk edip geri dönmeyen kocanın gitmeden evvel belirli süre dönmezse boşanmayı onaylayan şartlı talâk beyanı, Türk Medenî Hukuku'nda karşılığı haiz değildir. Öncelikle, boşanmada, erkek eşin iradesinin üstünlüğünden bahsedilemez. Ayrıca, Türk Medenî Kanunu'nun 32 ila 35 arası hükümlerine ek olarak 131'inci maddesine göre gaiplik kararı alınmasının ardından evliliğin feshedilmesi gaibin öncül beyanına itibarla gerçekleşmez. Bunun için, ölüm tehlikesi, haber alınamama, belirli süre geçmesi ve ilân gibi kanunî şartların tekemmülünün ardından geride kalan eşin talebi üzerine aile mahkemesi hâkiminin evliliği fesih kararı aranır.<sup>113</sup> Diğer taraftan, Türk Medenî Kanunu'nun 164'üncü maddesine göre terk sebebiyle boşanmada belirli süreler geçmeli ve terk eden eş kayıp olsa bile eve dön ihtarı ilân yoluyla yapılmalıdır.<sup>114</sup> İncelenen şer'iyeye sicilleri şuna işaret etmektedir. 18'inci

<sup>112</sup> AYKANAT/USLU, 429, 430. ÖZCAN, 89-102. Ayrıca, nafaka mükellefiyeti hakkında, kadının nafaka miktarının artırılması için zenginlik davası, erkeğin ise nafaka miktarının azaltılması için fakirlik davası açması imkân dâhilindedir. ÖZCAN, 103-105.

<sup>113</sup> Gaiplik ve gaibin evliliği hakkında ayrıntılı bilgi için bakınız: TOKAT, H., "Gaipliğin Aile Hukuku Yönünden Sonuçları", Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2017, 25/2, 548, 549. ŞAHİN, E., "Gaipliğin Miras Hukuku Bakımından Hüküm ve Sonuçları", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 2019, 144, 256, 258. Ayrıca bakınız: ÜNALAN, 111.

<sup>114</sup> Terk sebebiyle boşanma hakkında ayrıntılı bilgi için bakınız: DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, 113-115. KILIÇOĞLU, 99-103. ERDEM/MAKARACI-BAŞAK, 111-120. AKINTÜRK/ATEŞ, 254-256. HATEMİ, 122. ŞAHİN E., 254, dipnot: 22. ER-SÖZ, O., Türk Hukuku'nda Zina Sebebiyle Boşanma, On İki Levha, 2. Baskı, İstanbul, 2022, 67, 68. PETEK, H., "Terke Dayalı Boşanmada Manevî Tazminat", Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2010, 12/2, 45-53. ÜNVER AYDIN, T./KARAAHMETOĞLU DURSUN, Ş., "Yargıtay Kararları Işığında Terk İhtarının Boşanma Sebeplerine ve Manevî Tazminat Talebine Etkisi", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, 2017, 75/2, 588-596. KILINÇ, A. N., "Terk Sebebiyle Boşanmaya İlişkin Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 13.03.2015 Tarihli ve 2-

yüzyıl Diyarbakir'de kocaların karılarını arkalarında bırakıp uzak diyarlara gitmeleri ve belirli süre zarfında dön(e)mezlerse nafaka alarak boş olabileceklerini beyan etmeleri, talâkın kadın eş lehine şartlı, öngörülü ve düşünceli versiyonu sayılabilir. Çünkü kocanın gitmeden şartlı talâk beyanında bulunması geride kalan zevcenin eğer isterse uzun süre beklemeden evlilik birliğinden kurtulabilmesini ve büyük olasılıkla nafaka da alabilmesini sağlamaktaydı.

Nafakanın tahsili için taşınmaz satılarak likit para elde edilmesi gerektiğinde Âmid Mahkemesi, güvenilir bulunduğu tahmin edilen mollalardan yardım almıştır. Üç ilâmda bu konuya rastlanmıştır. İlk iki kararda müteveffa Erve'nin çocuklarının nafakasının tahsil edilmesi amaçlanmıştır. Bunun için terekedeki ayrı ayrı iki evin Molla Mustafa'ya satılmasına karar verilmiştir.<sup>115</sup> Üçüncüsünde ise, yetim çocukların nafakasının tahsil edilmesi için Molla Abdurrahman'a müteveffa babanın mülkünü satma yetkisi verilmiştir.<sup>116</sup> Bunlara karşılık, sadece bir nafaka hüccetinde müzayedeye taşınmaz satışından bahsedilmiştir. Yusuf'un nafakası için müteveffa babasından miras kalan evin iki hissesinin satılmasında müzayedeye kelimesi geçmektedir. Ne var ki arttırmayla satılan gayrimenkul, tamiri mümkün olmayan harabe niteliğinde tanımlanmıştır.<sup>117</sup> Hâli hazırda taşınmazın paraya çevrilmesinin icra dairesi kanalıyla organize edildiği malumdur. Tahmin edilmektedir ki, Âmid Mahkemesi, nispeten değer ifade eden gayrimenkuller söz konusu olduğunda, itimat ettiği mollalara satma veya satın alma yetkisini tevdi ederek paraya çevirme sorununu hızlıca çözüme kavuşturmaktaydı.

## SONUÇ

Diyarbakir'de 18'inci yüzyıl Âmid Mahkemesi kararlarında evlilik-hısımlık-bakıma muhtaç çocukların nafakaları hakkındaki kararlar

1688/1032 Sayılı Kararının Değerlendirilmesi", Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, 2018, 36/9, 200-206.

<sup>115</sup> 3754, 151b-3; 3754, 153b-1. Her iki ilâmın başlıklarında müzayedeye satıştan bahsedilmektedir. Bununla birlikte, metinler incelendiğinde, açık artırma bulunmamaktadır. Bilakis taşınmaz hisselerinin pazarlık usulüyle elişer kuruluş karşılığında Molla Mustafa'ya satıldığı anlaşılmaktadır.

<sup>116</sup> 3754, 95b-3.

<sup>117</sup> 3754, 116a-1.

ayıklanmış ve incelenmiştir. Böylece anılan dönemde Diyarbakir'deki boşanan kadınlarla bakıma muhtaç kimsesiz veya terk edilmiş çocukların sosyal ve ekonomik durumları ortaya konulmuştur. Âmid Mahkemesi'nin nafaka hakkında otuz sekiz kararı tahlil edilmekle ulaşılan sonuçlar şöyle sıralanabilir.

i- 18'inci yüzyıl Âmid Mahkemesi'nin muhâlea/hul konulu kararlarında kadının nafaka gibi sair alacaklarını talep etmekten vazgeçmesi değerlendirilmiştir. Türk Medenî Hukuku'nda, eşler belirli alacaklarını talep etmeyeceklerini vaat ederek birbirlerini anlaşmalı boşanmaya ikna edebilirler. Ayrıca tarafların kusursuzluğu veya kusurlarının türü tazminat ve/veya nafaka elde edilmesini kanunen engelleyebilir. İlk bakışta, muhâlea/hul, Türk Medenî Kanunu'ndaki anlaşmalı boşanmaya benzetilebilir. Anlaşmalı boşanma protokolünde sırf evlilik ilişkisinden kurtulmak için boşanma hukukundan mütevellit tüm alacaklarını talep etmeyeceğini vaat eden eşin durumu muhâlea/hul meselesini hatırlatmaktadır. Oysa anlaşmalı boşanmada nafaka/tazminat alacaklarını bırakan kadın veya erkek olabilir. Üstelik evliliğin boşanmayla sona ermesi ve protokolün boşanma sonrası süreci yönetmesi ancak hâkimin onayıyla mümkündür, bunların gerçekleşmesi için aile mahkemesi kararının kesinleşmesi gereklidir. Boşanmanın çeşidinin ve şartlarının netleşmesinde erkek veya kadın eşin iradesinin üstünlüğünden bahsedilemez. Diğer taraftan, Türk Medenî Kanunu'nda evliliğin sona ermesinde ağır kusurlu kadın veya erkeğe maddî/manevî tazminat takdir edilmez yahut yoksulluk nafakası bağlanmaz. Lâkin iştirak ve tedbir nafakaları eşlerin kusurundan bağımsızdır. Boşanma davasının ikamesi üzerine yaşam standartları olumsuz etkilenen eş lehine geçici nitelikte tedbir ve ergin olmayan müşterek çocuk lehine velâyet sona erinceye kadar süren iştirak nafakalarında eşlerin boşanmayı hazırlayan kusur durumlarına bakılmaz.

ii- Muhâlea/hul uygulamasında, feragatlerin, kadınların keyfinden veya isteksizliğinden kaynaklandığını andıran yorumlama tarzı isabetli olmayabilir. İddet süresine ilişkin nafakaların kadınlara önerilmesi fakat onların kabul etmemesi şeklindeki açıklama olağan dışı görülmektedir. 18'inci yüzyıl Diyarbakir şer'iyye sicillerinde belirli bedeller ödeyerek muhâlea/hul ile evliliklerinin sona ermesine razı gelen

kadınların oranı, dörtte bir değil, on dokuzda on (yaklaşık yüzde elli iki) tespit edilmiştir. Bu durumlarda kadının kâfi korunup korunmadığı, ya da tam tersi onlara ağır kusur atfedilip edilemediği bilinmemektedir. Çünkü Âmid Mahkemesi'nin incelenen ilâmlarında sadece tarafların kimliğiyle yerleşim yerine, boşanmanın çeşidine ve vazgeçilen meblağlara yer verilmektedir, böylesine boşanmaların gerçek saikleri aktarılmamaktadır. Ayrıca incelenen ilâmlar özelinde, muhâlea boşanmasının arkasını doldurduğu iddia edilen kendi ihtiyarıyla boşanan kadın açıklaması da ispatlanmış değildir. Zaten hul boşanmasında kendisine önerilmesine rağmen malî içerikli tüm haklarını bırakan kadın bakış açısı hayatın olağan akışına her zaman uymayabilir.

iii- Âmid Mahkemesi'nin incelenen ilâmlarında, kadınlar ve kız çocukları lehine sonuçlanan davaların oranı, yüzde yetmiş iki değil, yirmi dokuzda on sekiz (takribi yüzde altmış iki) hesaplanmıştır. Türk Medenî Hukuku'nun uygulamasında nafaka ve/veya tazminat davalarının kadınların lehine veya aleyhine sonuçlandığını sorgulamak anlamlı sonuç doğurmayabilir. Çünkü İslâm Aile Hukuku'ndan farklı vaziyette Türk Medenî Kanunu'nda, nafaka veya tazminatların yasal düzenlemesinde kadın veya erkek cinsiyeti etken değildir.

iv- İncelenen nafaka ilâmlarında, kadın ve kız çocukları lehine sonuçlanma oranı aşağı yukarı yüzde altmış iki, kadınların alacaklarını temin ederek nafakalı boşanma oranı yaklaşık yüzde kırk sekiz tespit edilmiştir. Öyleyse, Âmid Mahkemesinin değerlendirilen hüccetleri özelinde, 18'inci yüzyılda, Diyarbakir'deki bazı kadınların, kendilerinin ve/veya çocuklarının iâşesini temin amacıyla nafaka taleplerinde çekingen davranmadıkları ve bu haklarının peşinden gittikleri söylenebilir. Ayrıca, yüzde altmış iki ve yüzde kırk sekiz oranları, boşanan veya terk edilen kadınlarla bakıma muhtaç kız çocuklarının yaşam standartları hakkında iyimser olmayı gerektirmektedir. Bu çalışma spektrumunda, 18'inci yüzyılda, Diyarbakir'deki kadın ve çocukların toplumsal konumlarıyla ekonomik durumları, asla çağın gerisinde nitelenemez. Söz konusu kitlenin içinde bulunduğu koşulların çağın ilerisinde olup olmadığını sorgulamak ise on sekizinci yüzyılın global boyutta teolojik ve sosyolojik mukayesesini gerektirmektedir.

v- Osmanlı İmparatorluğu'nda gayrimüslimler özel hukuk dâhilindeki meselelerin hâlli amacıyla kendi cemaat mahkemelerine müracaat edebilirdi. Buna rağmen, 18'inci yüzyıl Âmid Mahkemesi'nin nafaka konulu hüccetleri arasında iki kararda, gayrimüslimlerin boşanma ve nafaka ihtilafları çözülmüştür. Öyle ki şer'iyye mahkemelerinden biri statüsündeki Âmid Mahkemesi'nde, anılan iki davanın yargılama faaliyeti, her ne kadar tarafları Müslüman olmasa da İslâm Aile Hukuku'na göre yürütülmüştür. Öyleyse somut olaylardaki gayrimüslimler ya şer'i hukuka ya da başvurdukları kadının şahsına yahut muhakeme faaliyetini yürüten mahkemenin itibarına belki de her üçüne itimat etmiştir. Şu hâlde, Âmid Mahkemesi'nin bölgedeki gayrimüslimler tarafından da sayıldığı, hatta oradaki cemaat mahkemelerine kıyasla daha fazla meşruiyet kazandığı ifade edilebilir. Sonuçta nispi adaleti mümkün süratle dağıtan her yerel mahkeme herkesçe sevilip sayılır.

vi- İslâm Aile Hukuku'nda bakıma muhtaç çocuğun nafakası tebennî ailesinden veya vasisinden sağlanamıyorsa, nafakayı, büyüyüp çalışmaya başladığı zaman çocuğun kendi kazancından peyderpey tahsil edilmek şartıyla mahkeme karşılamaktadır. Nitekim incelenen ilâmların üçünde, Âmid Mahkemesi çocukların nafakasının kendi vengesinden karşılanmasına karar vermiştir. Bugünkü anayasal anlamıyla sosyal devletin Mezopotamya'da henüz tezahür etmediği dönemde, kimsesiz ve/veya bakıma muhtaç küçükler tebennî müessesesi sayesinde korunmuştur. Üstelik tebennî kurumunun işleyişi, özellikle emaneti kabul eden ailelerin yetim veya terk edilen çocuklarla yeterince ilgilenip ilgilenmedikleri denetlenmiştir. Yalnız teberru kastı olmaksızın tebennî ile bakımı üstlenilen kimsesiz küçükler büyüyüp meslekî yaşamlarına adım attıklarında akranlarına kıyasla dezavantajlıydı. Zira kendilerine nafaka ödemiş mahkemeye borçlu vaziyette iş hayatına başlayan böylesine gençler, ilk kazançlarıyla önce bu borcu kapatmakla yükümlüydü. Türk Medenî Kanunu'nda ise, korunmaya muhtaç çocuk-yaşlı-bağımlı gibi gruplara bakan kurumlar sarf ettikleri masrafları daha sonra baktıkları kişilerden tahsil etmez. Muhtaç kişilerin kendilerine bakan kurumlara bakım masraflarını iade etmesi söz konusu değildir. Zira sosyal devlet ilkesi böylesine masrafların Devlet hazinesinden karşılanmasını garantilemektedir.

vii- Âmid'de, kocaların ticaretlerini genişletmek arzusuyla başka diyarlara gitmeleri ve uzun süre onlardan haber alınamaması sosyal vakıalardan biridir. İki davadaki nafakanın temelinde gaip/mefkûd koca olgusu göze çarpmaktadır. Her iki koca da gitmeden önce, belirli süre tamamlandığında hâlâ dönmemiş olurlarsa eşlerine nafaka ve sair alacaklarını tahsil ederek boş olmalarını beyan etmiştir. Kısacası, kocaların uzak diyarlara gitmeleri ve belirli süre zarfında dönmezlerse karlılarının boş olabileceklerini beyan etmeleri şer'iyeye sicillerinden anlaşılmalıdır. Tabii Türk Medenî Kanunu'nda, ırak coğrafyalarda kaybolan kocanın şartlı talâk beyanının dengi veya benzeri bulunmamaktadır; zira erkek eşin boşanma iradesinin üstünlüğünden bahsedilemez. Ayrıca gaibin evliliğinin feshedilmesi onun öncül beyanına itibarla gerçekleşmez. Diğer taraftan, terk eden eş kayıp olsa bile eve dönme ihtarı, aile mahkemesi kanalıyla gazeteye verilen ilân yoluyla yapılmaktadır. 18'inci yüzyıl Diyarbakir'de erkek eşlerin kadın eşleri arkalarında bırakıp uzak diyarlara gitmeleri ve belirli süre zarfında dön(e)mezlerse boş olabileceklerini beyan etmeleri, şartlı talâkın kadın eş lehine öngörülmesi ve düşünceli versiyonu sayılabilir. Nitekim yolculuğa çıkmadan önce zevcesine kavuşamama ihtimalini gözeterek zevcinin sağduyulu beyanı pek çok açıdan kolaylık sağlamaktaydı. Çünkü İslâm kişiler ve aile hukuklarına göre, gaip/mevkûd eşin geri gelmesi beklenmelidir. Kayıp kocayı bekleme süresi mezheplere göre değişse de dört yıllık süre öğretide anılmaktadır. İşte kocanın gitmeden şartlı talâk beyanında bulunması Diyarbakir'de tek başına kalan zevcenin eğer isterse uzun süre beklemeden evlilik birliğinden kurtulabilmesini ve büyük olasılıkla nafaka da alabilmesini sağlıyordu.

viii- Nafaka borçlusunun borcunu ödeyip borcundan kurtulmaya, alacaklısının ise alacağını tahsil etmeye yönelik menfaatlerinin hızlıca tatmin edilmesi esastır. İncelenen ilâmlarda nafakanın tahsili için ihtiyaç duyulan likit paranın taşınmaz satışlarından elde edildiği fark edilmiştir. Âmid Mahkemesi, taşınmazların paraya çevrilmesinde, büyük olasılıkla güvendiği mollalardan yardım almış, onları bizzat satın alma veya satışları organize etme yetkisiyle donatmıştır. Hâli hazırda taşınmazın paraya çevrilmesinin Devletin icra organları ve bu konuda uzman memurları kanalıyla yerine getirildiği malumdur. Tahmin edil-

mektedir ki Âmid Mahkemesi, nispeten değerli gayrimenkulleri ahara satma veya bizzat satın alma yetkisini itimat ettiği mollalara tevdi ederek paraya çevirme sorununu çözüme kavuşturmaktaydı.



## KAYNAKLAR

- AKGÜL, Lütfiye, "İslâm Hukuku'nda Evli Kadının Nafakası ve Kapsamı", Erzurum Kültür Eğitim Vakfı Akademi Dergisi, 2015, 19/62, 21-34.
- AKINTÜRK, Turgut/ATEŞ, Derya, Türk Medenî Hukuku Aile Hukuku, C. II, Beta, 24. Baskı, İstanbul, 2022.
- AKKOYUN, Gülşen, 345 Numaralı Diyarbakir Şer'iyeye Sicil Defteri Transkripsiyonu ve Değerlendirmesi (H. 1298-1301/M. 1881-1884), Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Tarih Anabilim Dalı Yeniçağ Tarihi Bilim Dalı, Yüksek Lisans Tezi, Danışman: Hamza Keleş, Ankara, 2017.
- AKKÖY, Yıldız, 17. ve 18. Yüzyıllar Arası Osmanlı Devleti'nde Kadın ve Aile, Aydın Adnan Menderes Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Tarih Anabilim Dalı, Yüksek Lisans Tezi, Danışman: Tanju Demir, Aydın, 2021.
- ARSLAN, Yunus Emre, İslâm Hukuku'nda Kimsesiz Çocuklar, Cumhuriyet Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Temel İslâm Bilimleri Anabilim Dalı İslâm Hukuku Bilim Dalı, Yüksek Lisans Tezi, Danışman: Sabri Erturhan, Sivas, 2007.
- AŞIK, Gülşah, Türk Medenî Kanunu ve Yargıtay Kararları Kapsamında Yardım Nafakası, Anadolu Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, Yüksek Lisans Tezi, Danışman: Ahmet Karakocalı, Eskişehir, 2019.
- AYKANAT, Mehmet/USLU, Abdüssamet, "Osmanlı Hukuku'nda İstidâne İzni ve Günümüz Hukukuna Yansımaları", Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2018, 13/1, 411-444.
- BALTA, Yusuf, "İslâm Hukuku'nda Nafaka Sorumluluğunun Sosyal Refaha Katkısı", Din Sosyolojisi Araştırmaları, 2022, 2/2 (Nisan), 35-62.
- BAYRAM, Aziz Erman, "Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun Tedbir Nafakasına Dair 25.10.2018 Tarihli ve 2017/2-1891 Esas, 2018/1577 Karar sayılı Kararının Değerlendirilmesi", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 2019, 144, 213-248.
- BULUT, Mehmet, 356 Numaralı Diyarbakır Şer'iyeye Sicilinin Transkripsiyonu ve Değerlendirilmesi (H.1217-1218/M.1803-1804), Dicle Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Tarih Anabilim Dalı Ya-

- kınçağ Tarihi Bilim Dalı, Yüksek Lisans Tezi, Danışman: Ramazan Günay, Diyarbakır, 2013.
- CENGİZ, Emine, 1751 Numaralı Rodoscuk (Tekirdağ) Şer'iyeye Sicili Transkripsiyon ve Tahlili, Trakya Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Tarih Anabilim Dalı Genel Türk Tarihi Bilim Dalı, Yüksek Lisans Tezi, Danışman: İbrahim Sezgin, Edirne, 2008.
- CEYLAN, Ebru, "İştirak Nafakasının Belirlenmesiyle İlgili Seçilmiş Yargıtay Kararlarının Değerlendirilmesi", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 2017, 133, 299-324.
- ÇAKIRCA, Seda İrem, "Kardeşler Arasında Nafaka Yükümlülüğü", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2015, 64/1, 65-101.
- ÇELİK, Özlem, İslâm Hukuku'nda Hısımlık Nafakası Mükellefiyetinde Din Farkı, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü İslâm Hukuku Anabilim Dalı, Yüksek Lisans Tezi, Danışman: Ahmet Ünsal, Ankara, 2013.
- ÇETİNTAŞ, Recep, "İslâm Hukuku'nda Evlenmeden Doğan Haklar Bağlamında Nafaka", İslâm Hukuku Araştırmaları Dergisi, 2014, 24/24, 185-203.
- ÇITAK, Kadir, 8 Numaralı Şer'iyeye Siciline Göre Nevşehir'de Sosyal ve Ekonomik Hayat, Nevşehir Hacı Bektaş Veli Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Tarih Anabilim Dalı, Yüksek Lisans Tezi, Danışman: Gülser Oğuz, Nevşehir, 2017.
- ÇİTAK, Burak, "Yoksulluk Nafakası", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, 2016, 74/1, 241-257.
- DEMİR, Remzi, "Yoksulluk Nafakasının Sona Erme Sebepleri ve Yoksulluk Nafakasının Süresizliğine Dair Tartışmalar", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 2020, 147, 221-249.
- DEMİRAL, Meltem, "Aile Bağlarının Ortadan Kalktığı Hâllerde Yardım Nafakası Talebinin Yerindeliği Hakkında Bir Yargıtay Kararı İncelemesi", Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2009, 11/3, 1111-1138.
- DEMİRBAŞ, Ali, "Güncel Tartışmalarla Yoksulluk Nafakası", İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2018, 5/2, 219-236.
- DEMİRSATAN, Barış, "Yoksulluğa Karşı Bir Tedbir Olarak Yardım Nafakası (MK m. 364-366)", 6. Uluslararası Suç ve Ceza Film Festi-

vali Yoksulluk Tebliğler, On İki Levha, 1. Baskı, İstanbul, 2017, 69-99.

DİRİK, Mehmet, "İslâm Aile Hukuku'nda Kocanın Nafaka Mükellefiyetini Düşüren Hâller", İslâm Hukuku Araştırmaları Dergisi, 2015, 25/25, 135-159.

DOĞAN, İzzet, "Türk Medenî Kanunu'nun Düzenlemelerine Göre Tedbir, Yoksulluk ve İştirak Nafakası", Public and Private International Law Bulletin-İstanbul Üniversitesi Yayınevi, 35/1, 59-95.

DURAL, Mustafa/ÖĞÜZ, Tufan/GÜMÜŞ, Mustafa Alper, Türk Özel Hukuku, C.III Aile Hukuku, Filiz, 17. Baskı, İstanbul, 2022.

DÜZBAKAR, Ömer, "Kimsesiz Çocuklar ve Çocuk Haklarının Korunmasına İlişkin Bursa Şer'iyeye Sicillerine Yansıyan Örnekler", Uludağ Üniversitesi Fen Edebiyat Fakültesi Sosyal Bilimler Dergisi, 2004, 1-5/6, 87-95.

ERDEM, İbrahim Hayrullah, İslâm Hukuku'nda Nafaka, Dicle Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Temel İslâm Bilimleri Anabilim Dalı İslâm Hukuku Bilim Dalı, Yüksek Lisans Tezi, Danışman: İhsan Akay, Diyarbakır, 2019.

ERDEM, Mehmet/MAKARACI-BAŞAK, Aslı, Aile Hukuku, Seçkin, 1. Baskı, 2022.

ERDOĞRU, Akif Mehmet, "On Altı ve On Yedinci Yüzyıllarda İstanbul'da Hul' Yöntemiyle Boşanma", Uluslararası Osmanlı İstanbul'u Sempozyumu-1, 29 Mayıs -1 Haziran 2013, İstanbul 29 Mayıs Üniversitesi, 273-281. [http://www.osmanliistanbulu.org/tr/images/osmanliistanbulu-1/14\\_m-akif-erdogru.pdf](http://www.osmanliistanbulu.org/tr/images/osmanliistanbulu-1/14_m-akif-erdogru.pdf) (Erişim tarihi: 3.6.2022).

ERKAN, Umut Vehbi, "Türk Medenî Kanunu'nda Evlilik Birliği İçerisinde Kadının Ekonomik ve Sosyal Hakları", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 2018, 134, 431-450.

EROĞLU, Şükran, "Yoksulluk Nafakasında Yeni Yasal Düzenlemeye İhtiyaç Yoktur", İstanbul Barosu Kadın Hakları Merkezi, Nafakama Dokunma Özel Sayısı, 8 Mart 2020 Özel Sayısı, 6-9.

ERPOLAT, Mehmet Salih, "Osmanlı Arşiv Belgelerinde Âmid Yerine Diyarbakir Adının Kullanılmasının Tarihi Seyri", Tanzimat'tan Günümüze Diyarbakır, Editörler: Oktay Bozan/Hakan Asan/Hatip Yıldız, Manas, Ankara, 2019, 7-20.

- ERSÖZ, Oğuz, Türk Hukuku'nda Zina Sebebiyle Boşanma, On İki Levha, 2. Baskı, İstanbul, 2022.
- ESİRGEN ÖRSTEN, Seda, "Aile Hukuku ve Mülkiyet İlişkileri Açısından Klasik Dönem Osmanlı Hukuku'nda Gayrimüslim Kadın", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2016, 65/3, 893-935.
- FIRAT SOMKAN, Aylin, Yoksulluk Nafakası, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı Medenî, Yüksek Lisans Tezi, Danışman: Hasan İşgüzar, Ankara, 2019.
- GENÇ, Mustafa/AKSOY, Muhammed Mihdi, "Bazı Kanunlar ile Mukayeseli Olarak İslâm Hukukunda Eş Nafakası", Kahramanmaraş Sütçü İmam Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi, 2019, 33/33, 351-390.
- GÖKER, Gökden, 2 Numaralı Sivrihisar Şer'iyye Sicili (Transkripsiyon-Tahlil), Eskişehir Osmangazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Tarih Anabilim Dalı Yakınçağ Tarihi Bilim Dalı, Yüksek Lisans Tezi, Danışman: Mehmet Topal, Eskişehir, 2015.
- GÜRPINAR, Damla, "Eşlerin Evlilik Birliğinin Giderlerine Katılma Borcu", Prof. Dr. Aydın Zevkliler'e Armağan, Yaşar Üniversitesi E-Dergisi, 2013, 8/Özel, 1293-1337.
- HAMZAÇEBİ, Mehmet, "Türk Medenî Kanunu'na Göre Boşanma ve Ayrılık Hâllerinde Tedbir, Yoksulluk ve İştirak Nafakası", Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2002, 10/3-4, 23-48.
- HATEMİ, Hüseyin, Aile Hukuku, On İki Levha, 9. Baskı, İstanbul, 2021.
- İPEK, Nurcan, "Roma Hukukunda Yardım Nafakası Yükümlülüğü", Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi-Hukuk Araştırmaları Dergisi, 2013, 19/3, 277-290.
- İPEKYÜZ YAVUZ, Filiz, "Yoksulluk Nafakası", Mahkeme Kararları Işığında Nafaka Araştırması-Hukukî Bir İnceleme, Diyarbakır Barosu Kadın Hakları Uygulama ve Araştırma Merkezi, Diyarbakır, 2021, 10-13.
- İSTEK, Emrah, "Diyarbakır Şer'iyye Sicillerine Göre Kadınlarla İlgili Davalar ve Sosyal Sorunları (1727-1798)", II. Uluslararası Sosyal Bilimler Kongresi, 12-14 Ekim 2016-Ağrı/Türkiye, Ağrı İbrahim Çeçen Üniversitesi, 2016, 1107-1121.

- KARTAL, Nagehan, Türk Hukuku'nda Yoksulluk Nafakası, Medipol Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Yüksek Lisans Programı, Danışman: Cevdet Yavuz, İstanbul, 2019.
- KAYA, Ali, "17. Yüzyıl Bursa Şer'iyeye Sicillerinin İslâm Aile Hukuku Açısından Tahlili", Uludağ üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi, 2008, 17/1, 81-107.
- KAYMAK, Birsen Fethiye/EROL, Ayten, "İslâm Aile Hukuku'nda Hısmılık İlişkisi Bakımından Ebeveyn Nafakası", Kalemname, 2020, 5/10 (Temmuz-Aralık), 444-471.
- KILIÇOĞLU, Ahmet M., Aile Hukuku, Turhan, 6. Baskı, Ankara, 2022.
- KILINÇ, Ayşe Nur, "Terk Sebebiyle Boşanmaya İlişkin Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 13.03.2015 Tarihli ve 2-1688/1032 Sayılı Kararının Değerlendirilmesi", Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, 2018, 36/9, 197-210.
- KILINÇ, Ayşe Nur/KILINÇ, Ahmet, "Mehrin Türk Pozitif Hukuku Açısından Yeniden Değerlendirilmesi Gerekliliği", İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2019, 10/1, 103-118.
- KIRAYİT, Yunus, "8 Numaralı Vidin Şer'iyeye Sicilinin Tanıtımı ve Fihristi", Uluslararası Doğu Avrupa Araştırmaları Dergisi, 2020, 2/1, 102-138.
- KONURALP ÇİLENTİ, Ayşen, "Türk-İsviçre Hukuku'nda Yardım Nafakası Yükümlülüğünün Hakkaniyete Aykırılık Nedeniyle Azaltılması veya Kaldırılması", Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2020, 22/2, 1021-1051.
- KÖKSALAN, Fatih, "Yoksulluk Nafakasında Süre Unsuru ve Nafakanın Kadın Bakımından Anlamı", İstanbul Barosu Dergisi, 2020, 94/3, 45-63.
- KULAKLI, Emrah, "Yoksulluk Nafakası ve Yoksulluk Nafakasının Süresi Bağlamında Bir Mukayeseli Hukuk İncelemesi", İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2018, 5/2, 237-268.
- MAYDAER, Saadet, "Klasik Dönem Osmanlı Toplumunda Boşanma (Bursa Şer'iyeye Sicillerine Göre)", Uludağ Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi, 2007, 16/1, 299-320.

- MOROĞLU, Nazan, "Yoksulluk Nafakası Tartışmaları", İstanbul Barosu Kadın Hakları Merkezi, Nafakama Dokunma Özel Sayısı, 8 Mart 2020 Özel Sayısı, 10-13.
- ÖCAL AKİPEK, Şebnem, "Hukukumuzda Yoksulluk Nafakası", İstanbul Barosu Kadın Hakları Merkezi, Nafakama Dokunma Özel Sayısı, 8 Mart 2020 Özel Sayısı, 14-21.
- ÖZCAN, Ruhi, İslâm Hukuku'nda Karı-Koca Nafaka Mükellefiyeti, Atatürk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü İslâm Hukuku Anabilim Dalı (İslâmî İlimler Fakültesi), Doktora Tezi (Danışman ismi okunamamaktadır), Erzurum, 1976.
- ÖZDEMİR, Hayrunnisa, "Yoksulluk Nafakasında Süresizlik Sorunu", Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Aile Sempozyumu, <https://www.tihk.gov.tr/doc-dr-hayrunnisa-ozdemir/> (Erişim Tarihi: 2.4.2022).
- ÖZDEMİR, Hayrunnisa, "Yargıtay Kararları Işığında Türk Medeni Hukukunda Yardım Nafakası", Terazi Hukuk Dergisi, 2014, 100/9, 65-78 (ÖZDEMİR, Yardım).
- ÖZENÇ, Ali, 18. Yüzyıl Diyarbekir Şer'iyeye Sicillerine Göre Din, Gelenek ve Törelerin Kavşağında Osmanlı Âmid Ailesi, Uludağ Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Felsefe ve Din Bilimleri Anabilim Dalı Din Sosyolojisi Bilim Dalı, Doktora Tezi, Danışman: Abdurrahman Kurt, Bursa, 2016.
- ÖZKUL, Ali Efdal, "Osmanlı İdaresinde Kıbrıs'ta Evlâtlık ve Besleme Uygulamaları (1571-1878)", Electronic Turkish Studies, 2013, 8/2, 47-65.
- ÖZŞENOL, Didem Yaren, "Yargıtay Kararları Işığında Asgarî Ücret Düzeyinde Gelir Elde Etmenin Yoksulluk Nafakasının Kabulü Üzerindeki Etkisi", International Social Mentality and Researcher Thinkers Journal, 7/40, 87-104.
- PEKMEZ, Cüneyt, "Tedbir Nafkasına İlişkin Güncel Yargıtay Kararlarının İncelenmesi", İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 2021, 7/1, 141-160.
- PETEK, Hasan, "Terke Dayalı Boşanmada Manevî Tazminat", Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2010, 12/2, 43-78.
- SARI, Serkan, "Şer'iyeye Sicillerine Göre Diyarbekir'de Boşanma ve Hadiseleri (1655-1747)", Tarih Okulu Dergisi, 2017, 10/32, 349-371.

- SAVUR, Hayrettin, Siirt'in Sosyal ve Ekonomik Yapısı (1312-1317/1894 – 1900, 420 Numaralı Siirt Şer'iyeye Sicil Defterine Göre), İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İktisat Tarihi Anabilim Dalı, Yüksek Lisans Tezi, Danışman: Ahmet Kal'a, İstanbul, 2010.
- SEÇER, Öz, "Anlaşmalı Boşanmada Eşlerin Yaptıkları Anlaşma", İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2016, 7/2, 259-286.
- SİLAH, Selâhattin, Türk Hukuku'nda Evlilik Birliğinin Korunmasında Hâkimin Müdahalesi, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı Medenî Hukuk Bilim Dalı, Yüksek Lisans Tezi, Danışman: Oğuz Sadık Aydos, Ankara, 2015.
- ŞAHİN, Eda, "Gaipliğin Miras Hukuku Bakımından Hüküm ve Sonuçları", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 2019, 144, 249-275 (ŞAHİN E.).
- ŞAHİN, Mustafa, "Türk-İsviçre Medenî Kanunlarına Göre Evlilik Sonrası Katkının (Yoksulluk Nafakasının) Şartları", Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2017, 21/3, 75-107.
- ŞİMŞEK, Ayşe, 18. Yüzyıl Konya Şer'iyeye Sicilleri Bağlamında Osmanlı Kadınlarının Miras Hukuku Meseleleri (1750-1800), Necmettin Erbakan Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Tarih Anabilim Dalı, Doktora Tezi, Danışman: Nejdet Gök, Konya, 2018.
- TATAR, Özcan, "384 Numaralı Harput Şer'iyeye Sicilinin H. 1046-1047 (M. 636-1637) Tanıtımı ve Fihristi (Sayfa 3-52)", Fırat Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, 2017, 27/1, 233-247.
- TEKELİOĞLU, Numan, "Mehir Vermek Amacıyla Taşınmaz Mülkiyetinin Devri veya Devir Vaadi", Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2021, 16/2, 217-272.
- TEZCAN, Betül, "17. Yüzyılda Konya'da Kadınların Geçim Kaygısı: Konya Şer'iyeye Sicillerine Göre Nafaka", Çankırı Karatekin Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, 2020, 11/2, 176-194.
- TOKAT, Hüseyin, "Gaipliğin Aile Hukuku Yönünden Sonuçları", Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2017, 25/2, 523-575.
- TOPÇUOĞLU, Ali Aslan, "İslâm Hukuku ve Türk Medenî Kanunu Bağlamında Gâibin/Mefkûdun Hükmen Ölü Sayılması Sonucunda Malların Hukukî Durumu", Erzurum Kültür Eğitim Vakfı Akademi Dergisi, 2014, 8/19, 157-176.

- TÜRKMEN, Ahmet, "Eğitim Nafakası (TMK m. 328/II)", Prof. Dr. Aydın Zevkliler'e Armağan, Yaşar Üniversitesi E-Dergisi, 2013, 8/Özel, 2707-2764.
- TÜRKMEN, Ahmet, "Yargıtay'ın Bağışlama Yaklaşımı Çerçevesinde Mehir ve Mehrin Geri Alınması", Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2020, 22/2, 541-576 (TÜRKMEN, Mehir).
- TÜZÜNER, Özlem, "Korunmaya Muhtaç Yaşlılara Bakan Kurumlar ve Nafaka Yükümlüsü Hısımlar", Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2014, 9/113-114, 79-107.
- UYANIK, Mehmet Zeki, "İslâm Aile Hukuku'nda Evlilik ve Boşanma Nafakası Bağlamında Süresiz Nafaka Yasası", Necmettin Erbakan Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi, 2019, 47/47, 57-87.
- UZUN BİRİNCİ, Tuba, "Eğitimine Devam Eden Ergin Çocuğa Ödenen Nafakanın Bazı Yargıtay Kararlarında Yardım Nafakası Olarak Nitelendirilmesi", Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2018, 20/2, 89-125.
- ÜNALAN, Abdülkerim, "İslâm Hukuku'nda Gaibin/Mefkûdun Evlilik ve Miras Durumu (Mukayeseli Olarak)", Dicle Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi, 2001, 3/1, 111-148.
- ÜNLÜ, Nuri, 70 Numaralı Konya Şer'iyye Sicili (1814-1816 M./1230-1232 H.), Fırat Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Tarih Anabilim Dalı, Yüksek Lisans Tezi, Danışman: Mustafa Öztürk, Elâzığ, 2005.
- ÜNVER AYDIN, Tülay/KARAAHMETOĞLU DURSUN, Şeyda, "Yargıtay Kararları Işığında Terk İhtarının Boşanma Sebeplerine ve Manevî Tazminat Talebine Etkisi", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, 2017, 75/2, 587-608.
- YAKUT, Esra, "19. Yüzyılda Orta Anadolu Bölgesi'nde Evliliğin Ortaya Çıkışı, Sona Ermesi ve Sonuçları", Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2008, 12/1-2, 237-265.
- YARGI, Mehmet Ali, "Bedel Karşılığında Boşanma ve Muhâlea Uygulamaları: Suudi Arabistan'da Bir İnceleme", Marmara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi, 2012, 42/1, 141-172.
- YAŞAR, Mehmet Aziz, "İslâm Aile Hukuku'nda Boşanma Yetkisinin Kötüye Kullanılmasının Hükmü ve Hukukî Sonucu", Amasya İlahiyat Dergisi, 2021, Haziran/16, 89-124.



- YILDIRIM, Ece, Yoksulluk Nafakası, Başkent Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Hukuk Anabilim Dalı Özel Hukuk Yüksek Lisans Programı, Yüksek Lisans Tezi, Danışman: İpek Yücer Aktürk, Ankara, 2020.
- YILMAZ, İbrahim, "Kadının Boşanma Hakkı Bağlamında Postmodern Bir Yaklaşım Örneği: İftidâ", İslâm Hukuku Araştırmaları Dergisi, 2010, 15, 209-240.
- YILMAZÇELİK, İbrahim, "Social Situation of Diyarbakir Province Throughout the Ottoman Domination (Osmanlı Hâkimiyeti Süresince Diyarbakir Eyaleti'nin Sosyal Durumu)", Tarih ve Gelecek Dergisi, 2016, 2/2, 70-99.
- YURT, Hilal, "Özel Olan Politiktir: Medenî Kanunun "Süresiz Nafaka" Düzenlemesi İkinci Dalga Feminizmin Anti-Liberal Bir Mirası Mı, Yoksa Hak Arama Hürriyetinin Asgarî Ölçüde Bir Tezahürü Mü?", Ankara Barosu Dergisi, 2020/2, 175-182.
- YÜKSEK, Ali, "İslâm Aile Hukuku'nda Boşama Yetkisi ve Kadının Boşanması", Uluslararası Sosyal Araştırmalar Dergisi, 2014, 32/7, 340-354.



## DENİZLERDE GÖÇMEN KAÇAKÇILIĞI VE TÜRK KARASULARINDAN AÇIK DENİZLERE SAHİL GÜVENLİĞİNİN MÜDAHALE YETKİLERİ

Doç. Dr. Emete GÖZÜGÜZELLİ\*

### Öz

Son yıllarda Karadeniz, Akdeniz, Afrika ve Güney Doğu Asya gibi dünyanın belirli bölgelerinde mevcut olan çatışma ve istikrarsızlık, deniz yoluyla düzensiz göç olgusunu şiddetlendirmiştir. Deniz yoluyla insan kaçakçılığı aynı zamanda en hızlı büyüyen ulus ötesi organize suçlardan birini oluşturmaktadır. Üç tarafı denizlerle çevrili olan Türkiye Cumhuriyeti, coğrafi olarak bulunduğu konumdan ötürü, göçmen krizi ile ilgilenmek durumundadır. Türkiye kendi sahillerinin güvenliğini Sahil Güvenlik Komutanlığı eliyle korumaktadır. Türkiye'nin göçmen kaçakçılığı söz konusu olduğunda bu kaçakçılık karşısında hangi hukuksal müdahale yetkilerinin var olduğunu ortaya konması önemli bir meseledir. Çalışmada karasularından hareketle açık denizlere kaçan Türk bayraklı veya yabancı bayraklı bir gemiye müdahale edilmesinde sahil güvenliğinin deniz hukukundan kaynaklı yetkileri incelenmiştir.

### Anahtar Kelimeler

Bayrak Devleti • Sıcak Takip • Göçmen Kaçakçılığı • Sahil Güvenlik • Açık Denizler

\* Doç. Dr., Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Milletlerarası Hukuk Ana Bilim Dalı, Lefkoşa Kampüsü, KKTC | Assoc. Prof, Social Sciences University of Ankara, Law Faculty, International Law Department, Nicosia Campus, TRNC.

✉ emete.gozuguzelli@asbu.edu.tr • ORCID 0000-0003-4659-3000

✎ **Atıf Şekli** | Cite As: GÖZÜGÜZELLİ Emete, "Denizlerde Göçmen Kaçakçılığı ve Türk Karasularından Açık Denizlere Sahil Güvenliğinin Müdahale Yetkileri", *SÜHFD.*, C. 30, S. 4, 2022, s. 1883-1931.

✎ **İntihal** | **Plagiarism**: Bu makale intihal programında taranmış ve en az iki hakem incelemesinden geçmiştir. | This article has been scanned via a plagiarism software and reviewed by at least two referees.

✎ Bu eser Creative Commons Atıf-GayriTicari 4.0 Uluslararası Lisansı ile lisanslanmıştır. | This work is licensed under Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License.

## IMMIGRANT SMUGGLING AND INTERVENTION POWERS OF COAST GUARD FROM TURKISH TERRITORIAL WATERS TO THE HIGH SEA

### Abstract

Conflict and instability in certain parts of the world such as the Black Sea, the Mediterranean, Africa and South East Asia in recent years have exacerbated the phenomenon of irregular migration by sea. Human trafficking at sea also constitutes one of the fastest growing transnational organized crime. The Republic of Turkey, which is surrounded by seas on three sides, has to deal with the migrant crisis due to its geographical location. Turkey maintains its own coast guard under the Coast Guard Command. When it comes to migrant smuggling, it is an important issue for Turkey to reveal what legal intervention rights it has in the face of this smuggling. In this study, the legal rights of the coast guard arising from law of the sea in intervening a Turkish-flagged or foreign-flagged ship fleeing to the high seas from the territorial waters were examined.

### Key Words

Flag State • Hot Pursuit • Immigrant Smuggling • Coast Guard • High Seas

### GİRİŞ

Bugün güvenlik dendiği zaman, tehditler ve risklerin birlikte değerlendirilmesi gerekir. Son dönemlerde, dünyayı ilgilendiren en önemli sorunlardan biri göçmen kaçakçılığı meselesidir. Özellikle de denize kıyısı olan devletlerin göçmen kaçakçılığı konusunda kara, hava ve deniz güvenliği daha ön plana çıkmaktadır. Bu bağlamda, Türkiye Cumhuriyeti gibi üç tarafı denizlerle çevrili bir ülkenin sahil güvenliğinin de kıyı güvenliğinin bir parçası olduğunu ifade etmemiz gerekmektedir. Bu nedenle, dışardan gelebilecek veya Türkiye üzerinden veya çevresinden gerçekleştirilebilecek bir göçmen kaçakçılığında deniz alanlarındaki etkin ve fiili mücadele daha da önem kazanmıştır. Bugün Türkiye Cumhuriyeti Devleti Sahil Güvenlik Komutanlığı'nın deniz alanlarında, göçmen kaçakçılığının engellenmesinden, yasadışı faaliyetlerin Türk deniz yetki alanlarında gerçekleştirilmesine mâni olan faaliyetleri dikkate alındığında Türk Sahil Güvenliğinin dar kapsamlı görev alanı bulunmadığını ifade etmek gerekecektir. Zira Türk Sahil Güvenliğinin görevleri içerisinde deniz çevresinin korunmasından deniz güvenliğini, deniz emniyeti-

tini, asayiş ve kamu düzenini sağlanıp, korunmasına ve kollanmasına, kısaca Türk deniz alanlarında herhangi suç işlenmesini önlemekle görevli ve yetkili olduğunu belirtmek gerekmektedir. Bunun ötesinde, sahil güvenliğinin önemi Türkiye'nin üç deniz bölgesinin kritik alanlar haline gelmesinden ötürü güvenlik üzerine derinleşen görevleri vardır. Belirtmek gerekirse, değişen suç tipleri içinde kaçakçılık, terörizm, göçmen kaçakçılığı gibi önemli başlıklar dikkate alındığında Sahil Güvenlik Komutanlığına ait botların deniz alanlarındaki yetkileri o derece önemlidir. Başka bir ifadeyle, Türk karasuları dışındaki deniz alanları üzerinde Türkiye bölgesinde artan göçmen kaçakçılığının denizlere taşan boyutu söz konusudur. Hal böyle iken, esas soru Türk karasularından itibaren bir Türk bayraklı gemi sahil güvenliğinin uyarılarına uymayarak durmaması halinde ne olacaktır? Türk karasularında göçmen kaçakçılığı yaptığı tespit edilen bir gemiye nasıl müdahale edilebilecektir? Pekâlâ ki bu gemi Türk bayraklı gemi dışında da olabilir. Her şeyden önce işlenen suç fiili Türk karasularında işlenmiş ise bayrağına bakmaksızın harekete geçilecektir. Zira "Göçmen Kaçakçılığı Protokolü"ndeki gibi "...bir Taraf Devlet, kendi iç hukukuna göre bir suç oluşturan bir davranışla karşılaşır ise suçu işleyen kişiye karşı önlem alır"<sup>1</sup>. Bunun için Göçmen Kaçakçılığına dair Protokol'ün 6(4) Maddesine dikkat edilmelidir. Zira anılan maddeye göre, bir ülkenin kendi iç hukukunda göçmen kaçakçılığı konusunda suç olarak tanımladığı unsurlar Protokol'de olmasa dahi harekete geçme hakkı vardır. O halde Türk hukukunda göçmen kaçakçılığının nasıl ele alındığı, Türkiye'nin bu konuda taraf olduğu uluslararası Sözleşmelerde meselenin nasıl dile getirildiği konusu bu çalışmanın sahil güvenliğinin operasyonel yetkilerini bu alanlarda tanımlanırken istifade edilecek dayanak noktasından biri olacaktır. Özellikle de çalışma deniz alanlarındaki faaliyetleri ele alacağından ötürü, buna dayanarak uluslararası deniz hukuku çerçevesinde bir kıyı devletinin egemenlik yetkilerine de değinmenin uygun olduğu kanaatindeyiz.

Çalışmanın ilk bölümünde Sahil Güvenlik Komutanlığı ve görev-sorumluluk alanı ele alınmakta, denizlerde göçmen kaçakçılığı ile ilgili

<sup>1</sup> *United Nations, Issue Paper: Smuggling of Migrants by Sea, 2011.ss.2-71,s.10*

istatistiki bilgiler aktarılarak göçmen kaçakçılığı hususunda kimi kavramlara değinilmektedir. Çalışma daha sonra Türkiye Cumhuriyeti'nin göçmen kaçakçılığı konusunda hukuksal yapısı, içtihat ve taraf olduğu uluslararası sözleşmeleri incelemektedir. Anılan detaylardan sonra dördüncü bölümde Türkiye'nin bayrak devleti olarak yükümlülükleri belirtilmektedir. Beşinci bölümde Türkiye'nin yetkileri ve yargı yetkisi incelenmektedir. Çalışmanın sonuç bölümünde, göçmen kaçakçılığı hususunda genel değerlendirme ve öneriler sunulmaktadır.

## II. SAHİL GÜVENLİK KOMUTANLIĞI VE GÖÇMEN KAÇAKÇILIĞINDA GÖREV VE SORUMLULUK ALANI

Yasadışı göç ve organize insan kaçakçılığı, Türkiye'nin egemenliğinin deniz alanlarından itibaren ayrıca koruma gerektirir, zira sınır güvenliği ile ilgilidir. Başka bir ifadeyle, yasadışı göçmen krizi bir güvenlik meselesidir. Bu güvenlik meselesinin etkilediği beş faktör söz konusu olabilmektedir. Örneğin yasa dışı göç ile mücadele eden ülkelerin tehdit ve riskleri diğer ülkelere göre değişkendir. Ülke içinde siyasi, askeri, ekonomik, çevre ve toplumsal unsurların güvenlik bakışları yasadışı göçmenlerle tehdit algısına dönüşebilir.

Elbette insan kaçakçılığı ve göçmen kaçakçılığı dünya çapında ciddi bir sorundur. Her iki suç tipi benzer unsurları olsa da farklı suçtur. Özellikle son dönemlerde, göçmenler üzerinden insan kaçakçılığı vakaları olabilmektedir. Bu bağlamda, Türkiye'nin kıtalar arası bir coğrafyada bulunması, etrafının üç bölgede denizlerle çevrili olması her türlü oluşabilecek tehdit algılarını ön plana çıkaracak konudur. Bu nedenle denizler üzerinden göçmen kaçakçılığı dikkatlice incelenmesi gereken bir meseledir. Hele de uluslararası terörizmle birleşen göçmen kaçakçılığının ulus ötesi suç unsurları, uluslararası uyuşturucu kaçakçılığı gibi unsurların varlığı dikkate alındığında sahil güvenliğinin önemi daha da artmakta ve ülke istikrarını tehdit edebilecek karakterde olan bu suç tiplerine karşı sahil güvenliğinin yetkilerinin hukuken daha da farkındalığının sağlanması gerekmektedir. Bakınız, kaçakçılık yapan suç örgütleri veya unsurları göçmenleri gayri hukuki işlerde kullanabilmektedir. Kaçak olarak ülkeye girebi-

lecek göçmelerin varlığında pekâlâ ki daha başka riskler ve tehditler oluşabilecektir. Örneğin fuhuş, kara para aklama ve belge sahtekarlığı gibi, transit ve varış ülkesinde bir dizi suç faaliyetlerinde bulunulabilir. Türkiye’de sahil güvenlik bağlamında deniz alanlarında sınır denetimindeki artışlar, göçmenleri giderek daha fazla insan kaçakçılarında güvenmeye zorlama ihtimali artmaktadır ki son dönemlerde Sahil Güvenlik tarafından paylaşılan verilerde göçmen kaçakçılığında organizatör sayılarının arttığı gözlemlenmektedir<sup>2</sup>. Başka bir ifadeyle, deniz yoluyla göçmen kaçakçılığı Türkiye’de son yıllarda artmıştır.

Bu artış sahil güvenliğinin İçişleri Bakanlığına bağlanarak operasyonel etkinliğini hem devletin iç güvenliği hem de askeri güvenliği kapsamında yürütmesine imkân kılmıştır. Sahil Güvenlik Komutanlığı Komutanlık düzeyinde yüzer ve uçar unsurlar ile mobil radarlar kullanarak görevlerini ifa etmektedir. Komutanlık ulusal stratejik düzey---alan stratejik düzey-----operasyonel düzey---taktiksel düzey şeklinde çalışmalarda bulunmaktadır.

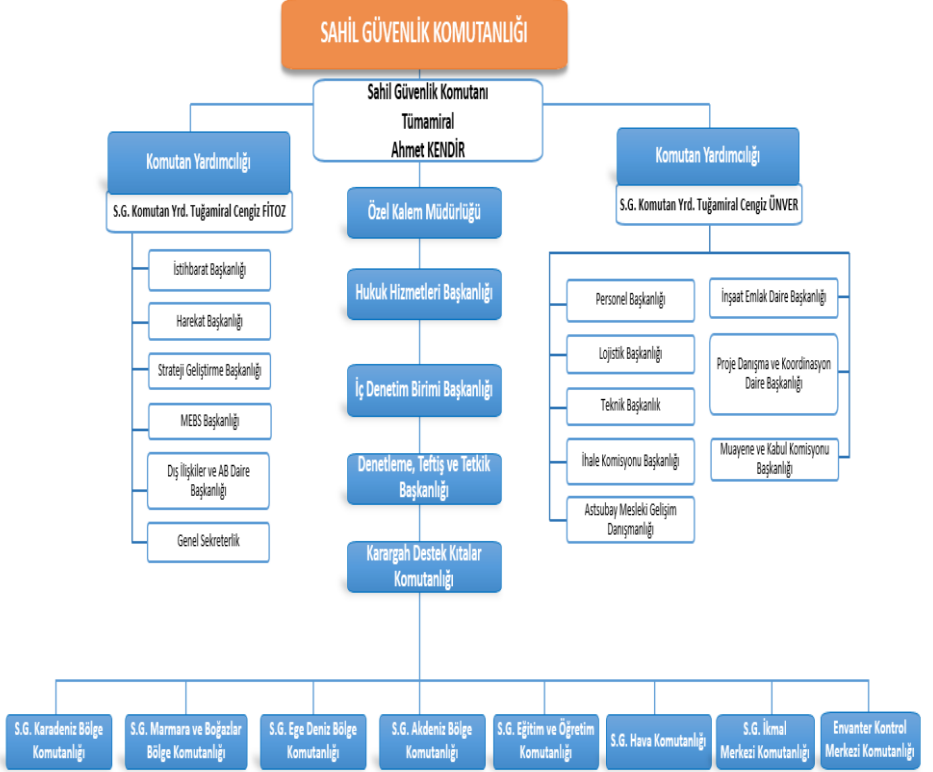
---

<sup>2</sup> 2021 yılı,sayı 113. Düzensiz Göç Statistikleri, Sahil Güvenlik Komutanlığı, <https://www.sg.gov.tr/duzensiz-goc-istatistikleri>





## Görsel: Sahil Güvenlik Komutanlığı: Teşkilat Yapısı

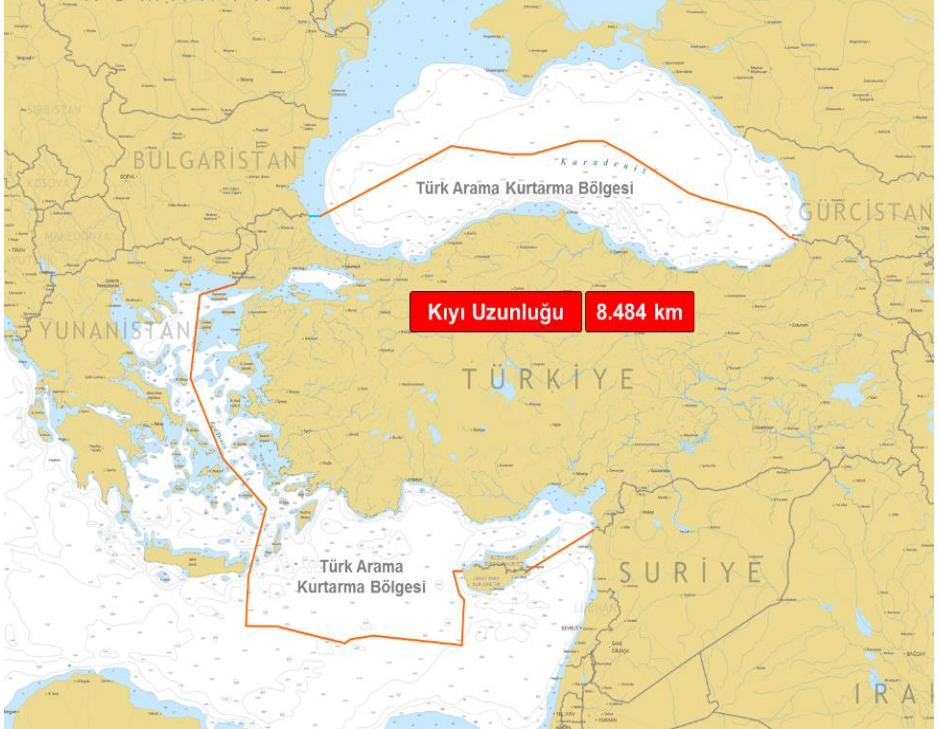


Kaynak: Sahil Güvenlik Komutanlığı Web Sayfası:  
<https://www.sg.gov.tr/teskilat-semasi>

Sahil Güvenlik Komutanlığı'nın Türk deniz yetki alanlarında her türlü kaçaklığı önleme yetkisi bulunmaktadır. Burada belirtmekte fayda vardır ki, Sahil Güvenlik Komutanlığı'nın yetkisi ve görevleri sadece denizlerde değil ayrıca Van Gölü'nde de söz konusudur. Bu detaylar 2995

sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan 21 Ocak 2017 tarihli Sahil Güvenlik Komutanlığı Teşkilat, Görev ve Yetkileri Yönetmeliği çerçevesinde belirlenmiştir. Anılan yönetmenlik gereği SGK görevleri üçe ayrılmaktadır: a) Mülki görevler ; b) Adli görevler; c) Askeri görevlerdir.

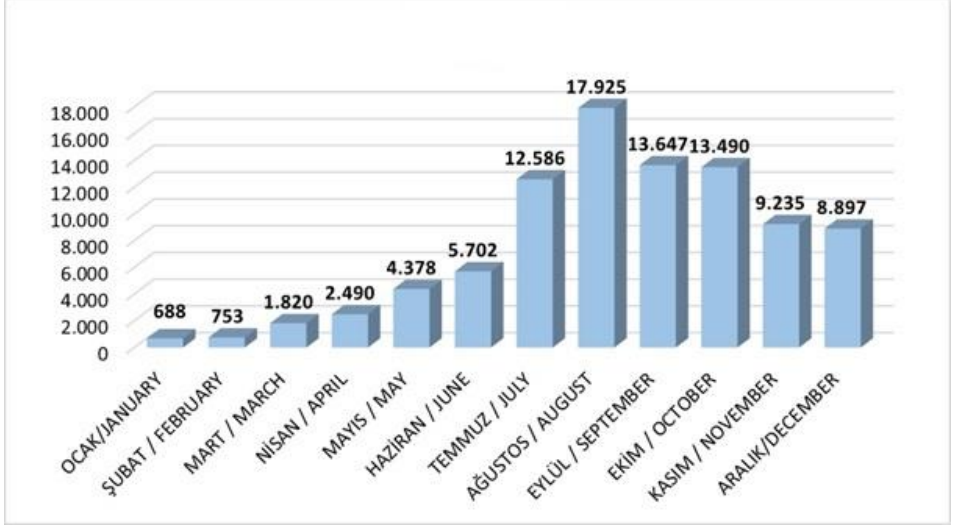
### Türk Arama Kurtarma Bölgesi



Kaynak: Sahil Güvenlik Komutanlığı Web Sayfası:  
<https://www.sg.gov.tr/gorevler>

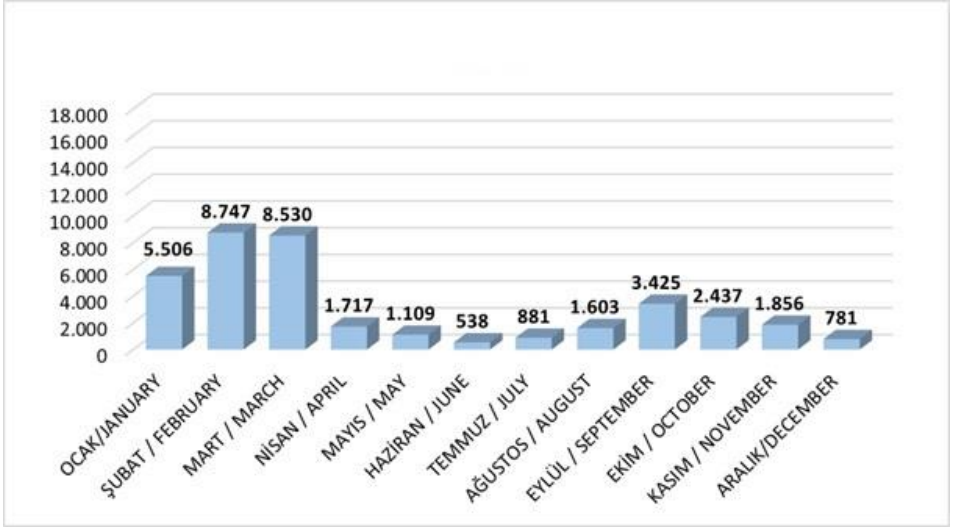
Sahil Güvenlik Komutanlığı, düzensiz göç ve düzensiz göçmen meseleleri bağlamında, Jandarma Sahil Güvenlik Komutanlığı ile de birlikte çalışmalarda bulunabilmektedir. Sahil Güvenlik Komutanlığı’nın paylaştığı düzensiz göç statiklerine göre şu önemli veriler aktarılmaktadır: “2021 yılında düzensiz göç olay sayısı 219 iken bu rakam 2022 yılında artmış ve Haziran 2022 dahil edilerek rakamlar ortaya konduğunda 573 olay yaşanmıştır. Düzensiz göçmen sayısı 2021’de Ocak’tan Haziran’a 6107 iken, 2022 yılında bu rakam neredeyse üçe katlanmış ve 17,139 göçmen sayısı tespit edilmiştir. Yakalanan organizatör sayısı Ocak’tan Haziran’a toplam 34 iken 2022 yılında bu rakam Ocak’tan Haziran’a 135 olmuştur. Oysa 2020’de düzensiz göç olay sayısı yıl boyunca toplam 624 iken 2021

yılında toplam 848 rakamı verilmiştir. Düzensiz göçmen sayısı 2020’de 20,380 iken 2021’de bu rakam 23,676 olmuştur. Yakalanan organizatör sayısı 2020’de 53 iken 2021’de 113’tür. 2019’da düzensiz göç olay sayısı 1,761, düzensiz göçmen sayısı 60,802, yakalanan organizatör sayısı 80’dir. Oysa bu rakamlar 2016, 2015 ve gerisinde oldukça düşük olduğu gözlemlenmektedir.”<sup>3</sup> Aşağıdaki görsellerde düzensiz göç istatistikleri aktarılmaktadır:

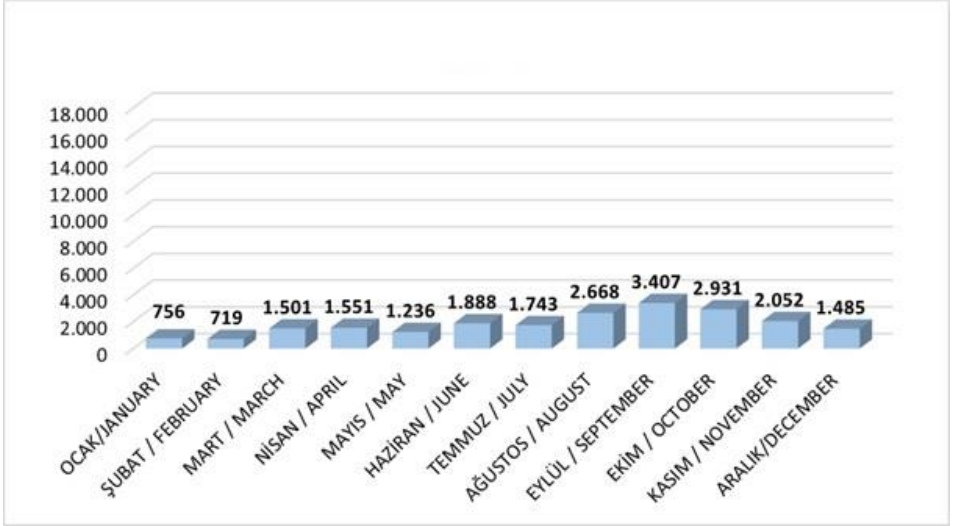


Görssel : 2015 verileri (<https://www.sg.gov.tr/duzensiz-goc-istatistikleri>)

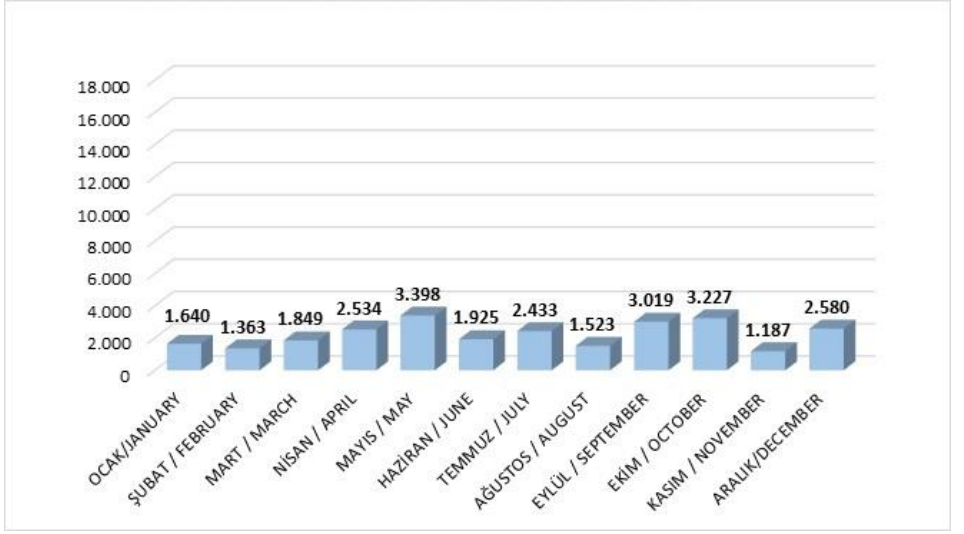
<sup>3</sup> Düzensiz Göç İstatistikleri, Sahil Güvenlik Komutanlığı, <https://www.sg.gov.tr/duzensiz-goc-istatistikleri>



Görsel: 2016 (<https://www.sg.gov.tr/duzensiz-goc-istatistikleri>)



Görsel 2017 (<https://www.sg.gov.tr/duzensiz-goc-istatistikleri>)



Görsel : 2018 (<https://www.sg.gov.tr/duzensiz-goc-istatistikleri>)

Yukarıda da görüleceği üzere, Sahil Güvenlik Komutanlığı'nın paylaştığı veriler dikkate alındığında son yıllarda ciddi bir düzensiz göçmen ve düzensiz göç olayının en başta organizatörler bağlamında yürütüldüğü tespit edilmektedir.

O halde Sahil Güvenlik Komutanlığı Türk karasularında bir gemide göçmen kaçaklığı tespit ettiğinde hangi hukuksal yetkilere göre ilgili gemiye müdahale edecektir? Bu konunun anlaşılmasında birkaç önemli husus vardır. İlk olarak bazı kavramların açıklanması gereklidir. Bu kavramsal açıklamalardan sonra Türkiye'nin göçmen kaçaklığında uluslararası alanda taraf olduğu Sözleşmelerin tespiti ortaya konmaktadır. Bu adımdan sonra Türk iç hukukunda yasalar nezdinde konunun detayları ve içtihat hukuku çerçevesinde değerlendirme ile ilgili özet tablo ortaya konduktan sonra, deniz yetki alanlarında cereyan eden göçmen kaçaklığı konusunda, sahil güvenliğinin yetkilerinin pekiştirilmesi için deniz hukuku çerçevesinde kıyı devletinin bayrak devleti olarak yetkileri ele alınmaktadır.

## A. Kavramlar

### **Düzensiz Göç:**

Düzensiz göçün evrensel olarak kabul edilmiş bir tanımı yoktur. Hedef ülkeler açısından, göçmenlik düzenlemeleri uyarınca gerekli izin veya belgeler olmadan bir ülkeye giriş yapmak, orada kalmak veya çalışmaktır. Gönderen ülke açısından, usulsüzlük, örneğin, bir kişinin geçerli bir pasaportu veya seyahat belgesi olmadan uluslararası bir sınırı geçtiği veya ülkeyi terk etmek için idari gereklilikleri yerine getirmedeği durumlarda görülür. Bununla birlikte, terimin kullanımını göçmen kaçakçılığı ve insan ticareti vakalarıyla sınırlama eğilimi vardır.

2. Düzensiz göçün tanımlanması önemli bir tartışma konusu olmuştur. Yasadışı, belgesiz, belgesiz ve yetkisiz göç gibi terimlerin ulusal politika tartışmalarında farklı çağrışımları olabilir.

3. BM 'düzensiz' veya 'belgesiz' göç terimini kullanırken, Avrupa Komisyonu uzun süre 'yasadışı göç' terimini tercih etti, ancak daha yakın zamanda 'düzensiz göç'e de atıfta bulundu. (European Commission, Irregular migration, [https://ec.europa.eu/home-affairs/pages/glossary/irregular-migration\\_en](https://ec.europa.eu/home-affairs/pages/glossary/irregular-migration_en))

### **Düzensiz Göçmen:**

Irregular migrant

Düzensiz göçmen bir ülkeye, yasadışı giriş sağlayarak ülke koşullarının ihlali veya giriş ve ikamet için yasal dayanaklarının sona ermesi nedeniyle kişilerin hukuki statüden uzak olması ya da transit veya ev sahibi ülkede yasal statüsü olmayan bir kişileri ifade eder (European Commission, Irregular Migrant, [https://ec.europa.eu/home-affairs/pages/glossary/irregular-migrant\\_en](https://ec.europa.eu/home-affairs/pages/glossary/irregular-migrant_en))

## Göçmen Kaçakçılığı

Doğrudan veya dolaylı olarak, mali veya diğer bir maddi çıkar elde etmek için, bir kişinin vatandaşlığını taşımadığı veya daimî ikametgâh sahibi olmadığı bir taraf devlete yasa dışı girişinin temin edilmesidir.

### Türk Ceza Kanunu Madde.79

Madde 79- (1) Doğrudan doğruya veya dolaylı olarak maddi menfaat elde etmek maksadıyla, yasal olmayan yollardan;

a) Bir yabancıyı ülkeye sokan veya ülkede kalmasına imkân sağlayan,

b) Türk vatandaşı veya yabancıнын yurt dışına çıkmasına imkân sağlayan, Kişi, üç yıldan sekiz yıla kadar hapis ve on bin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır. (Ek cümle: 22/7/2010 -6008/6 md.) Suç, teşebbüs aşamasında kalmış olsa dahi, tamamlanmış gibi cezaya hükmolunur.

(2) (Ek fıkra: 22/7/2010 - 6008/6 md.) Suçun, mağdurların;

a) Hayatı bakımından bir tehlike oluşturması,

b) Onur kırıcı bir muameleye maruz bırakılarak işlenmesi, hâlinde, verilecek ceza yarısından üçte ikisine kadar artırılır.

(3) Bu suçun bir örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenmesi halinde, verilecek cezalar yarı oranında artırılır.

(4) Bu suçun bir tüzel kişinin faaliyeti çerçevesinde işlenmesi halinde, tüzel kişi hakkında bunlara özgü güvenlik tedbirlerine hükümlenir. ( <https://www.jandarma.gov.tr>)

### III. TÜRKİYE CUMHURİYETİ'NİN GÖÇMEN KAÇAKÇILIĞI KONUSUNDA HUKUKSAL YAPISI VE TARAF OLDUĞU ULUSLARARASI SÖZLEŞMELER

TCK madde 79(1)(b) fıkrası gereği Türk vatandaşı veya bir yabancı-  
nın yasal olmayan yollardan yurt dışına çıkmasına imkân sağlamak ey-  
lemi yaptırım altına alınmıştır<sup>4</sup>. Elbette yasa tahtında bu suçu işleyecek  
failin “herkes” olabileceği kabul edilir. Buna karşın, bir suç, “örgüt faali-  
yeti” çerçevesinde işlenirse madde 79(2) fıkrası gereği daha ağırlaştırılan  
cezai durum öngörülmektedir. Ayrıca, işlenen suçun tarafı tüzel kişilik  
ise, madde 79(3) kapsamında güvenlik tedbirleri uygulanması hükümlu-  
nur.

Türkiye, insan ticareti ile göçmen kaçakçılığı konusunda Birleşmiş  
Milletler tarafından oluşturulan *Sınır Aşan Organize Suçlarla Mücadele Söz-  
leşme*'sine 2003'te taraf olmuştur. Türkiye'de göçmen kaçakçılığı Türk  
Ceza Kanunu (TCK) kapsamında madde 79 hükmü uyarınca ele alın-  
makta ve cezai işlemi gerektiren bir suç olarak değerlendirilmektedir.  
Anılan Sözleşmeye göre *göçmen kaçakçılığı* aşağıdaki şekilde tanımlanır:

*“Doğrudan doğruya veya dolaylı olarak mali ve diğer bir maddi çıkar elde  
etmek için, bir kişinin vatandaşlığını taşımadığı veya daimî ikametgâh sahibi ol-  
madığı bir taraf devlete yasadışı girişinin temini”*<sup>5</sup>.

TCK çerçevesinde, yargı merciinin, göçmen kaçakçılığı suçu işleyen  
kişileri yargılayarak en az üç en çok sekiz yıl oranında hapis ve 10 bin

<sup>4</sup> Ahmet Caner Yenidünya ve Mehmet Emin Alşahin, “Göçmen Kaçakçılığı Suçu (TCK.m.79)”, TBB Dergisi, sayı 82,2009, ss.1-50,s.23

<sup>5</sup> Türkçe metni için bakınız: Madde3/Tanımlar, Sınır aşan Örgütlü Suçlara Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi'ne Ek Kara, Deniz Ve Hava Yoluyla Göçmen Kaçakçılığına Karşı Protokol; [http://madde14.org/index.php?title=Kara,\\_Deniz\\_ve\\_Hava\\_Yoluyla\\_G%C3%B6%C3%A7men\\_Ka%C3%A7ak%C3%A7%C4%B1%C4%B1%C4%9F%C4%B1na\\_Kar%C5%9F%C4%B1\\_Protokol](http://madde14.org/index.php?title=Kara,_Deniz_ve_Hava_Yoluyla_G%C3%B6%C3%A7men_Ka%C3%A7ak%C3%A7%C4%B1%C4%B1%C4%9F%C4%B1na_Kar%C5%9F%C4%B1_Protokol)



güne kadar adli para cezası verme yetkisi vardır. Esasen öngörülen madde kapsamında mezkûr suç “seçimlik hareketli suçlar” kapsamındadır. O halde, maddi anlamda “menfaat” elde etme saiki ile göçmen kaçakçılığına doğrudan veya dolaylı olarak dahil olan kişilerin bu eylemi hukuk dışı yollarla gerçekleşmesi göçmen kaçakçılığı suçunun oluşması için kafidir (madde 79/1). Madde 79 maddi anlam ile menfaat amacı güderek doğrudan veya dolaylı bir şekilde hareket eden aynı zamanda suçun manevî unsurunu açısından değerlendirmeyi de gerektirir. Başka bir ifadeyle, burada suç unsurundan bahsetmek için amaç bellidir, vardır, yeterlidir. İlle de menfaate ulaşmak gerekmemektedir. Yine göçmen kaçakçılığı hususunda ister Türk vatandaşı olsun ister yabancı olsun ilgili kişilerin yurt dışına çıkmasına imkân sağlayan kişi/ler suç *teşebbüs aşamasında kalsa dahi tamamlanmış gibi cezai işleme tabi olurlar*<sup>6</sup>. Esasen göçmen kaçakçılığının tanımının ilgili maddede yapılmamakta olduğu burada not edilmelidir.

Özetle, TCK kapsamında madde 79 göçmen kaçakçılığına dair işlenecek suçta detaylar sunmaktadır. Bu bağlamda, Türk vatandaşlarının yasal olmayan yollardan ülke dışına çıkmalarını sağlama konusunda doğrudan veya dolaylı olarak menfaat sağlamak amacıyla yabancı uyrukluya veya vatansız olana deniz alanlarında kaçmasına olanak sağlaması durumu fiilen göçmen kaçakçılığı suçu teşkil edeceği anlaşılmaktadır. Burada bizi ilgilendiren konu deniz alanlarına yönelik göçmen kaçakçılığı olmasından ötürü diğer seçimlik hareketlere değinilmeyecektir. Deniz alanlarında göçmen kaçakçılığına “herkes” yeltenebilir, demiştik. Hukuk dışı yollarla Türk vatandaşı veya yabancı bir kişinin Türkiye’den deniz yolu ile göçmen kaçakçılığına teşebbüs etmesi veya göçmenleri yurt dışına çıkarması durumunda, suç işlenmiş olur. Yargıtay ise bu duruma, “yurt dışına çıkmaya imkân sağlayan kişinin vasfını tespit etmede her zaman kolay olmadığını” ortaya koymaktadır<sup>7</sup>. Kanımızca böyle durumlarda “organizatör” olarak tanımlanabilecek “kişi/lerin” hareket ve eylemleri dikkate alınarak değerlendirilebileceğidir. O halde TCK’ya göre göçmen kaçakçılık suçu değerlendirilirken, acaba Türkiye’nin bu konuda

<sup>6</sup> Göçmen kaçakçılığı suçunun diğer unsurları için bakınız: TCK, madde 79.

<sup>7</sup> Yargıtay 8. Ceza Dairesi, 9 Kasım 2006/4799-8025; Yargıtay 8. Ceza Dairesi 6 Mart 2007/5046-1705; Akt. Kemalettin Erel, s. 277

taraf olduğu uluslararası sözleşmeler var mı? Bu duruma da bakmak gerekecektir.

Türkiye, göçmen kaçakçılığı hususunda *iki önemli Sözleşmeye* daha taraftır:

a)“*Sınır aşan Örgütlü Suçlara Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi*”<sup>8</sup>

b)“*Sınır aşan Örgütlü Suçlara Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesine Ek Kara, Deniz ve Hava Yoluyla Göçmen Kaçakçılığına Karşı Protokol*”<sup>9</sup>

Neticede, Türkiye Cumhuriyeti “göçmen kaçakçılığı, göçmen kaçakçılığını gerçekleştirmek amacıyla işlenmesi halinde...”bu fiiller yasak olmasından ötürü suç haline getirilerek<sup>10</sup> adım atılabilecektir.

Özellikle de *Sınır aşan Örgütlü Suçlara Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesine Ek İnsan Ticaretinin, Özellikle Kadın ve Çocuk Ticaretinin Önlenmesine, Durdurulmasına ve Cezalandırılmasına İlişkin Protokolün Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun*<sup>11</sup> ile insan ticareti boyutunun ele alındığı dikkate alındığında, burada göçmen büroları ile taraf devletler arasındaki göçmen büroları arasında bilgi paylaşımı ve eğitim konusunda iş birliği öngörülmektedir<sup>12</sup>.

Türkiye'nin Uluslararası Üyelikleri: *Uluslararası Göç Örgütü*<sup>13</sup>

Türkiye'nin Diğer Ülkelerle İş birliği:

- a) Budapeşte Süreci (2006-halen)
- b) İpek Yolu Göç Ortaklığı
- c) Küresel Göç ve Kalkınma Formu
- d) Küresel Mutabakat (Global Compact)
- e) Frontex (AB Dış Sınır Ajansı/2016-halen)

Türkiye'nin Diğer Ülkelerle Geri Kabul Anlaşmaları:

- a) Yunanistan

<sup>8</sup> 30 Ocak 2003 gün ve 4800 sayılı kanun

<sup>9</sup> 30 Ocak 2003 gün ve 4803 sayılı kanun

<sup>10</sup> EREL Kemalettin, “Yargıtay Kararları Işığında Göçmen Kaçakçılığı Suçu”, TBB Dergisi, sayı 71,2007, ss.264-200, s.265

<sup>11</sup> 30 Ocak 2003 gün ve 4804 sayılı kanun

<sup>12</sup> Madde 10, Bilgi Değişimi ve Eğitim, 30 Ocak 2003 gün ve 4804 sayılı kanun

<sup>13</sup> IOM Türkiye hakkında bakınız: <https://turkey.iom.int/tr/iom-turkiye-hakkinda>

- b) Rusya Federasyonu
- c) Yemen
- ç) Nijerya
- d) Moldova
- e) Kosova
- f) Norveç
- g) Bosna Hersek
- ğ) Kırgızistan
- h) Pakistan
- ı) Romanya
- i) Suriye
- j) Ukrayna
- k) Belarus
- l) Karadağ

6458 sayılı *Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu* kapsamında Türkiye'nin göçmen kaçaklığı ve düzensiz göçmen ile ilgili mücadelesi sürmektedir. 2014 Nisan ayında Türkiye İçişleri Bakanlığı nezdinde kurulan *Göç İdaresi Genel Müdürlüğü* gelişmeleri izlemektedir. Aynı şekilde *Düzensiz Göçle Mücadele Koordinasyon Kurulu* çalışmaları bulunmaktadır. Deniz alanlarında göçmen kaçaklığı hususunda Sahil Güvenlik Komutanlığı aktif bir şekilde görevde bulunmaktadır. Ancak Türkiye'nin bu kadar idari ve hukuksal gayretlerine rağmen, göçmen kaçaklığı ve düzensiz göç olayları, artan rakamlarla sürmektedir.

#### A. İçtihat Kararları İle Türkiye

Türk Ceza Kanunu Madde 79 kapsamında göçmen kaçaklığı suçu Yargıtay'ın belli dönemlerde ele aldığı konuların başında gelmektedir. Aşağıdaki tablo ile görülen davalara yer verilmektedir:

YARGITAY			
Yar- gıtay 18.	Esas : 2016/323	Karar : 2017/6995	Tarih : 1.06.2017

Ceza Dai- resi			
Yar- gıtay 12. Ceza Dai- resi	Esas : 2016/8422	Karar : 2017/4600	Tarih : 1.06.2017
Yar- gıtay 18. Ceza Dai- resi	Esas : 2016/7099	Karar : 2017/5503	Tarih : 10.05.2017
Yar- gıtay 18. Ceza Dai- resi	Esas : 2016/14925	Karar : 2017/2282	Tarih : 1.03.2017
Yar- gıtay 18. Ceza Dai- resi	Esas : 2015/31174	Karar : 2017/1729	Tarih : 15.02.2017
Yar- gıtay 18. Ceza Dai- resi	Esas : 2015/30937	Karar : 2017/1102	Tarih : 1.02.2017
Yar- gıtay 8. Ceza Dai- resi	Esas : 2007/10601	Karar : 2010/1759	Tarih : 11.01.2010
Yar- gıtay 8. Ceza Dai- resi	Esas : 2007/815	Karar : 2007/2150	Tarih : 19.03.2007
Yar- gıtay 12.	Esas:	Karar:	Tarih:

Ceza Dai- resi	2014/7502	2014/12242	21.05.2014
Yar- gıtay Ceza Genel Ku- rulu	Esas: 2012/8-322	Karar: 2012/221	Tarih: 05.06.2012
Yar- gıtay 1. Ceza Dai- resi	Esas: 2006/1564	Karar: 2006/2179	Tarih: 29.05.2006

Genel olarak incelenen kararlar ülke içinde göçmen kaçaklığı suçuna ilişkin olup deniz alanlarında Sahil Güvenlik Komutanlığı uyarılarına rağmen kaçan bir göçmen kaçaklığı suçu işleyen örneklere rastlanmamıştır. O halde göçmen kaçaklığına yönelmiş veya teşebbüs eden bir kişinin ilgili eyleminin teşebbüs aşamasında olduğu nasıl değerlendirilecektir?

“Teşebbüs hükümlerinin uygulanabilmesi için gerekli olan koşullar ise şunlardır:

- a- Suç teşebbüse elverişli bir suç olmalı,
- b- Belirli bir suç işleme kastı bulunmalı,
- c- Suç işleme kararı icraya başlanılmalı,
- d- Engel nedenlerle sonuca ulaşılmalıdır”<sup>14</sup>.

Daha önce de ifade edildiği üzere, bir seçimlik hareketli suç olarak düzenlenen göçmen kaçaklığı suçu, kanunda hangi hallerde var olduğuna bakıldığında aşağıdaki durumlarda işlendiğinin değerlendirilmesi gerekecektir;

- a) göçmenin yasal olmayan yollardan, “ülkeye sokulması”,
- b) “ülkede kalmasına imkân sağlanması” ya da
- c) “yurt dışına çıkartılmasına imkân sağlanması”

<sup>14</sup> Yargıtay Ceza Genel Kurulu, Esas: 2012/8-322, Karar: 2012/221, Tarih: 05.06.2012.

Bu seçimlik hareketlerden (c) fıkrasına baktığımız zaman, “yurt dışına çıkmaya imkân sağlama” konumuz açısından önemlidir. Zira yurt dışı ibaresi ile ülkesellik ilkesi temelinde: ülke karasuları, hava sahası veya kara sınırlarının dışına çıkarılmasına imkân sağlanmasıdır. Bu eylemin gerçekleşmesi gerekmemektedir. Teşebbüs aşamasında kalırsa da suç sayılacaktır.

Hukuki olmayan yollardan bir göçmeni “yasal olmayan yollardan ülkede kalmaya imkân sağlama” eylemi nasıl bir göçmen kaçakçılığı suçu ise, yasadışı şekilde göçmen durumunda olanların geçici olarak Türk içsuları veya kara sularında gemide tutulması veya başka bir ülkeye gitme amacı ile saklanmasına yardımcı olma eylemi de suç sayılacaktır. Zira Türkiye Cumhuriyeti “Anayasasının 90. Maddesinin son fıkrası uyarınca onaylanmakla iç hukuk mevzuatı haline giren, “Sınır aşan Örgütlü Suçlara Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesine Ek Kara, Deniz ve Hava Yoluyla Göçmen Kaçakçılığına Karşı Protokol”ün 6. maddesi 2/a bendindeki 2/a bendindeki, “Her taraf devlet... kendi hukuk sisteminin temel kavramlarına bağlı kalmak kaydıyla göçmen kaçakçılığına teşebbüsü suç haline getirmek için gerekli yasal ve diğer önlemleri alır” biçimindeki hüküm, teşebbüs halini tamamlanmış suç gibi cezalandırmayı gerektiren zorlayıcı bir düzenleme değildir. Protokolde yazılı bulunan “taraf devletin kendi hukuk sisteminin temel kavramlarına bağlılık” kuralı göz önüne alındığında, göçmen kaçakçılığı suçu açısından”<sup>15</sup> değerlendirilmesi gerekecektir.

Nihayetinde, hiç kimse uyruğunda bulunduğu yurttaşını devletin ülkesine girme konusunda engelleyemez.

#### IV. TÜRKİYE’NİN BAYRAK DEVLETİ OLARAK YÜKÜMLÜLÜKLERİ

20 Nisan 1948 tarihli *Asya Davasında*, herhangi bir ülke bayrağı altında seyir gerçekleşmezse bayraksız gemi seyrüsefer hürriyetine sahip olamaz, denmiştir<sup>16</sup>. Bu nedenle bayrağı tanımlama işareti, geminin denizlerdeki yasal rejimini simgelemekte ve ister açık denizlerde isterse kıyı

<sup>15</sup> Yargıtay Ceza Genel Kurulu, Esas: 2012/8-322, Karar: 2012/221, Tarih: 05.06.2012

<sup>16</sup> Naim Molvan v. Attorney General for Palestine (The "Asya"), 81 Ll L Report 277, United Kingdom:Judicial Committee of the Privy Council, 20 April 1948, Erişim Tarihi: 6.02.2022, <https://www.refworld.org/docid/3ae6b6544.html>; <http://www.unhcr.org/refworld/docid/3ae6b6544.html>

devletlerin karasularında olsun, kamu düzeninin korunması için bir zorunluluk haline gelmiştir. Bayrak, sorumluluk noktasını ve o gemiyle ilgili bir yetkinin nasıl ve nerede uygulanabileceğini belirler.

Türkiye’de deniz ticareti ve gemi kayıtlarına ilişkin mevzuat söz konusudur<sup>17</sup>. **Türk Ticaret Kanunu** madde 940 uyarınca yalnızca **Türk gemileri Türk** bayrağı çekebilirler. Maliki **Türk** olan **gemi Türk gemisi** kabul edilir<sup>18</sup>.

### A. Yardımda Bulunma Sorumluluğu

BMDHS’nin 98. Maddesi, tehlikede olan kişilere yardım etme görevini ortaya koymaktadır: “1. Her Devlet, kendi bayrağını taşıyan bir geminin kaptanından, gemiye, mürettebata veya yolculara ciddi bir tehlike oluşturmadan yapabileceği ölçüde: (a) denizde kaybolma tehlikesi içinde bulunan herhangi bir kişiye yardımda bulunmasını; (b) yardıma ihtiyaçları olduğu konusunda bilgilendirildiklerinde, kendisinden makul bir şekilde bu tür bir eylem beklendiği sürece kişilerin kurtarılması için mümkün olan tüm süratle ilerlemesini...” vb konularda -gerekirse uluslararası işbirliği gereken durumlarda- insani konularda yardım edilmesini öne çıkarır.

Madde 94(2), bayrak Devletin gemilerin kendi bayrağını taşımasına izin verirken yerine getirmesi gereken yükümlülükleri genişletir. Türkiye teamül haline gelen bu kuralları Sahil Güvenlik Komutanlığı’nın deniz alanlarında gerçekleştirdiği görev sorumlulukları içerisinde yerine getirmektedir.

### B. Bayrak Devletin Yükümlülükleri-Madde 94,BMDHS

Bayrak devleti, kendi bayrağını taşıyan gemilerin ayrıntılarını içeren kaydını tutmak (BMDHS, Madde 94(2)(a)) Gemi, kaptan, zabıtlar ve mürettebata sahip olmak (BMDHS Madde 94(2)(b)); Geminin seyrüsefer emniyeti ve denize elverişliliği ile ilgili olarak gerekli donanımı sunmak; örneğin telsiz iletişimi ve çarpışmanın önlenmesini sağlamak (BMDHS,

<sup>17</sup> Türk Uluslararası Gemi Sicili Yönetmeliği, *Resmî Gazete Tarihi: 23.06.2000 Resmî Gazete Sayısı: 24088;1209 sayılı Gemi Sicil Nizamnamesi, 4.2.1957, No : 9526; Türk Ticaret Kanunu*

<sup>18</sup> 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu, madde 940.

madde 94(3)(c)) Uygun deniz haritaları ve yayınlarının gemide bulunması – BMDHS Madde 94(4)(a); Geminin çalışma koşullarının belirlenmesi ve emniyetli şekilde yönetilmesi –BMDHS Madde. 94(3)(b) - zabitle rin ve mürettebatın eğitimi ve sertifikalandırılması –BMDHS Madde. 94(4)(b); Kendi bayrağını taşıyan gemilerin yargı yetkisini ve kontrolünü sağlamak için alınan tedbirlerin uluslararası kural ve uygulamalara uygun olmasını sağlamakla yükümlüdür –BMDHS Madde. 94(5) gibi.

### C. Bayrak Devleti Sorumluluğu

Açık denizlerde işlenen suçlar cezasız kalmaz. Ana kural, bir gemiye kendi bayrağı altında seyir hakkı veren devletin (bayrak devleti), açık denizlerdeki gemileri üzerinde yasama ve yürütme yetkisini kullanma münhasır hakkına sahip olmasıdır. Buna göre, kendi yerel hukukunun yanı sıra uluslararası hukukun kural ve düzenlemelerini uygulayan bayrak devletidir.

BMDHS'nin 217. Maddesi uyarınca bayrak Devletin sorumluluğu aşağıdaki şekilde ifade etmek mümkündür:

Kirliliğin önlenmesi, azaltılması ve kontrol altına alınmasını amaçlayan önlemleri uygulamak ve yasa ve yönetmelikleri kabul etmek ve kendi bayrağını taşıyan gemilerin deniz kirliliği yasalarına uymasını sağlamak gibi konularda çevresel güvenlik öne çıkmaktadır. Bu kapsamdaki görevler de Sahil Güvenlik Komutanlığı tarafından yerine getirilmektedir.

Sahil güvenlik bu konularda bir ihlal tespit ettiği zaman ihlali yapan diğer devletin bayrağında bulunan ülke gemisine Dışişleri kanalı ile rapor verilir. İlgili şikâyeti öğrenen ve ihlali yapan geminin Bayrak Devleti böyle bir rapor aldığı anda konuyu araştırmak ve gerekirse düzeltici önlemler almakla yükümlüdür. *Bu hükümler, açık denizlerde kendi bayrağını taşıyan gemilerde münhasır bayrak Devleti yargı yetkisi kavramını yineler. Bu paragrafın uygulanması, diğer Devletler ve bayrak Devleti açısından da iyi niyet gerektirir.*<sup>19</sup>

<sup>19</sup> İyi niyet ilkesi önemlidir. Birleşmiş Milletler Hukuk Komisyonu tarafından hazırlanan raporda Viyana Anlaşması temelinde anlaşmalar hukukunun ilkeleri s.118'de aktarılmaktadır: United Nations Publication Sales No.: 1956. V. 3, Vol.11,s.118. ayrıca Uluslararası Deniz Hukukuna dair detaylara bakınız: Report of the International Law



Esasen, Liman Devleti Kontrolü de önemli bir konudur. Egemen Devletler, BMDHS'nde<sup>20</sup> hükümlerine göre kendi sınırları içindeki herhangi bir faaliyeti kontrol etme hakkına sahiptir. Liman Devletinin, limanlarında bulunan yabancı bayraklı gemiler üzerinde, uluslararası denizcilik sözleşmelerinin gereklerine uygun şekilde Liman Devleti Kontrolü gerçekleştirebilir. Gerçekten de uluslararası deniz hukuku kapsamında, bireysel bir gemi üzerinde en büyük hukuki kontrole sahip otorite, bayrak Devleti idaresidir.

Türkiye, Türk karasularında bir Türk gemisinin göçmen kaçakçılığı yaptığını tespit edip müdahale edebilen bir ülkedir. Ancak kimi ülkelerin bu yeteneği olmayabilir. Böyle durumlarda diğer devletlerle iş birliği temelinde bu kaçakçılığın önüne geçilebilmektedir. Burada temel sorunsal, Sahil Güvenlik Komutanlığının bayrak devleti Türkiye olan ve göçmen kaçakçılığında kullanılan bir gemiye hangi yetkiler çerçevesinde açık denizlerde müdahalede bulunabileceğidir. Bunun için de deniz hukuku rejimi dahil diğer Sözleşmelerle ilgili meselenin anlaşılması gerekmektedir.

Uluslararası hukukta devletlerin (cezai) yargı yetkisini iç hukuklarında uygularken hangi kriterlere göre temellendirdiği önemlidir. Bunun için beş ilke vardır<sup>21</sup>: Vatandaşlık ilkesi<sup>22</sup>, Ülkesellik ilkesi<sup>23</sup>, Evrensellik ilkesi<sup>24</sup>, Koruma ilkesi<sup>25</sup> ve Pasif Kişisellik<sup>26</sup>. "Bu ilkeler Devletlere ilgili alanlarda cezai yargı yetkisi verir. Örneğin kendi topraklarında meydana gelen ve onları etkileyen eylemler üzerinde, vatandaşları tarafından işlenen eylemler, belirli temel kuralları ihlal eden eylemler ve Devletin hayati

---

Commission to the General Assembly, Yearbook of the International Law Commission, United Nations Convention on the Law of the Sea, A Commentary , Volume III, United Nations Convention on the Law of the Sea a Commentary.

<sup>20</sup> Örneğin madde 22 ve 24, 1982 BMDHS.

<sup>21</sup> TEZCAN, Durmuş, "Bozkurt-Lotus Davasının Uluslararası Hukuktaki Önemi ve Yeri", *Çağdaş Türkiye Tarihi Araştırmaları Dergisi*, vol:2, no:4, 1994, s.267-272; ACER, Yücel. KAYA, İbrahim. *Uluslararası Hukuk* . 6. Basım. Ankara: Seçkin Yayınları, 2015. s 164-169

<sup>22</sup> Suçu işleyen kişinin hangi ülkenin vatandaşı olduğu

<sup>23</sup> Suçun işlendiği yer

<sup>24</sup> Suçu işleyen kişinin sadece ülke yetkililerince yakalanmış olması,

<sup>25</sup> Suçun ülke çıkarlarına zarar vermesi

<sup>26</sup> Suçtan zarar görenin (mağdur) vatandaşlığı

çıklarlarını tehdit eden eylemler vardır. Burada “pasiflik ilkesi” olup olmadığı tartışmalıdır. Devlet vatandaşlarına karşı işlenen (belirli) eylemler üzerinde yargı yetkisi veren pasiflik ilkesidir”<sup>27</sup>.

## V.TÜRKİYE’NİN YETKİLERİ

Türkiye’nin sıcak takip hakkı hangi durumlarda ortaya çıkar? Türkiye’nin en başta iç hukuk kuralları ihlal edildiğinde, sıcak takip hakkından bahsetmek gerekecektir. Sıcak takip hakkı, bir geminin (Türk bayraklı veya yabancı) kıyı devletinin iç hukuk kurallarının ihlal etmesiyle ülke devletinin iç sular veya karasularından açık denizlere kaçarak kıyı devletinin cezai yargısından kurtulma çabasında olan gemiye uygulanacak kesintisiz ve duraksamaksızın gerçekleşmesi ile uygulanabilecek takiptir. Bu ilke, açık denizlerin serbestliğini sınırlar ve kıyı devletinin başka bir bayrak devletinde kayıtlı bir gemiyi takip etmesini ve el koymasını mümkün kılar. Bu durum bayrak devletinin açık denizlerdeki münhasır yargı yetkisine bir istisna teşkil eder. Böylesi bir durumun Türk bayraklı bir gemi için sıcak takip oluşturması durumunda ise kıyı devleti münhasır yetkisini yine kullanarak gemiyi durdurma, alıkoyma veya gemiye çıkma yönündeki hareket alanını mümkün kılacaktır.

BMDHS’nin 111. maddesi, yabancı bir gemiyi açık denizlerde takip etmeyi mümkün kılmaktadır. Burada unutulmaması gereken durum, ilgili sıcak takibin uluslararası hukuk ve devlet egemenliği ilkesi uyarınca, kaçan geminin kendi bayrak ülkesi veya başka bir ülkenin karasularına girer girmez takibin sona erdirilmesi gerekliliğidir. Aksi takdirde, takip başka bir devletin egemenliğinin ihlali ile sonuçlanacaktır.

BMDHS'nin 111. maddesinin beşinci fıkrasında da görüleceği üzere, kıyı devleti ancak devletin resmi otoritesiyle bağlantısı olan belirli gemi ve uçak (helikopter) kullanmak suretiyle sıcak takip yapabilir. Savaş gemileri ve askeri uçaklar ile diğer özel olarak yetkilendirilmiş devlet gemileri sıcak takip hakkına sahip otoritelerdir. Türkiye’de bu görevi Sahil Güvenlik Komutanlığı yerine getirmektedir. Bir devletin askeri uçaklar

<sup>27</sup> CRAWFORD, James, *Brownlie’s Principles of International Law* (2012), ss. 457-464. Burada yazar şu önemli vurguda bulunur: “Etki doktrini”, bir Devletin topraklarında sonuçlar doğuran eylemler üzerinde yargı yetkisi verir, ancak bu, ülkesel yargı yetkisinin bir parçası olarak sınıflandırılabilir.

veya savaş gemileri ile resmi bağlantısının açıklanması gerekmez, çünkü bu bağlantı aşıkardır.

Yabancı bir devlete ait ticari gemiler ve özel gemiler, kıyı devletinin yargı yetkisine tabidir ve yasaları ihlal edildiğinde geçerli bir neden varsa takip edilebilir. Ancak başka devletlerin savaş gemilerine karşı sıcak takip uygulaması uluslararası hukuka uygun değildir. Bunlar, yabancı bir hükümet altında faaliyet gösteren diğer ticari olmayan gemilerle birlikte, genellikle kendi bayrak devleti dışındaki herhangi bir devletin yargı yetkisinden muaftır. Savaş gemilerinin sahip olduğu tek dokunulmazlık, kıyı devletinin uygulama yetkisinden bağımsızlığıdır, bu nedenle bayrak devleti, devlet gemilerinden birinin yaptığı ihlale cevap vermek zorunda kalabilir.

### A. Viyana Sözleşmesi

1969 Viyana Antlaşmalar Hukuku Sözleşmesi, antlaşmalar hukukuna dairdir. Uluslararası hukuk temelinde devletlerin birbirleri ile münasebetlerinde anlaşma konusu hep vardır ve madde 26 temelinde yürürlüğe giren her anlaşmanın tarafları açısından bağlayıcılığı olduğu belirtilir. Bu anlaşmanın tarafların iyi niyeti çerçevesinde gerçekleşmesi beklenir. Buna uluslararası hukuk temelinde *pacta sonda servanda ilkesi* denilmektedir. Anlaşmalara sadakatin bitmesi ile kurulan barış ve düzen sona erer. Bu nedenle liyakat ilkesi önemlidir. Pek tabii ki madde 6 ile her Devlet, antlaşmalar akdetme kapasitesine sahiptir. Ancak çoğu zaman iyi niyetin ihlal edildiği görülmektedir. Bu durum deniz alanlarında da böyledir.

Mesela, *“en ciddi insan hakları sorunları, düzensiz göçmenlere yönelik kötü muameledir<sup>28</sup>.”*

O halde kişinin yaşamı, özgürlüğü, güvenliği ve kanunun korunması en temel prensip olmalıdır.

<sup>28</sup> LLOYD, Captain Michael, “The United Nations Convention Of The Law Of The Sea And The Flag States”, 23 Mayıs 2021, *Human Rights At Sea Puplicaton*, <https://www.humanrightsatsea.org/news/op-ed-BMDHS-flag-states-imo-and-accountability>

## B. Uyuşturucu ve Psikotrop Maddelerin Kaçakçılığına Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi

20 Aralık 1988 tarihinde imzalanan ve 22/11/1995 tarihli ve 4136 sayılı Kanunla onaylanması uygun bulunan ilişik "Uyuşturucu ve Psikotrop Maddelerin Kaçakçılığına Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi" madde 17 hükmü doğrultusunda<sup>29</sup> Deniz Yoluyla Kaçakçılık söz konusu olduğu hallerde taraflar, uluslararası deniz hukukuna uygun olarak, deniz yoluyla yapılan kaçakçılığı önlemek amacıyla mümkün olan *en ileri düzeyde iş birliği* yapacaklardır (madde 17/1). Uluslararası hukuka uygun olarak seyrüsefer serbestisinden yararlanan ve diğer bir Tarafın bayrağını veya kayıt işaretlerini taşıyan bir geminin kaçakçılık yaptığına dair makul gerekçelere sahip olan bir Taraf, bayrak Devletine bu durumu bildirebilecek, kaydın doğrulanmasını ve doğrulanması halinde gemiyle ilgili olarak uygun önlemleri almak için bayrak Devletinden izin isteyebilecektir (madde 17/3)<sup>30</sup>. İzin alınması halinde, bayrak Devleti talep eden Devlete başka işlemler yanında: (a) Gemiye çıkılması; (b) Geminin aranması; (c) Arama ile Kaçakçılığa ilişkin deliller bulunması halinde, gemideki kişilere ilişkin olarak uygun işlemlerin yapılması için izin verebilecektir. Bu madde uyarınca işlem yapılması durumunda, ilgili Taraflar denizde can güvenliği ile gemi ve yükünün güvenliğinin tehlikeye atmaması ve bayrak Devletinin veya ilgili diğer herhangi bir Devletin ticari ve hukuki çıkarlarının haleldar edilmemesi gerektiğini göz önünde tutacaklardır. Sonuçta madde 17/3. fıkra uyarınca yapılan izin taleplerini gecikmeksizin cevaplandıracaktır ki harekete geçilebilsin.

Sıcak takip hakkı oluşabilmesi için bir suç işleyen gemi olmalıdır. Suçun meydana geldiği ülkenin iç hukukuna aykırı davranıldığında, bu

<sup>29</sup> 22/11/1995 tarihli ve 4136 sayılı Kanunla onaylanması uygun bulunan ilişik "Uyuşturucu ve Psikotrop Maddelerin Kaçakçılığına Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi, Milletlerarası Sözleşme, Karar Sayısı: 96/7801. Bakınız: <https://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/22551.pdf>

<sup>30</sup> "3. Uluslararası hukuka uygun olarak seyrüsefer serbestisinden yararlanan ve diğer bir Tarafın bayrağını veya kayıt işaretlerini taşıyan bir geminin kaçakçılık yaptığına dair makul gerekçelere sahip olan bir Taraf, bayrak Devletine bu durumu bildirebilecek, kaydın doğrulanmasını ve doğrulanması halinde gemiyle ilgili olarak uygun önlemleri almak için bayrak Devletinden izin isteyebilecektir." 11 Şubat 1996-Sayı : 22551 RESMÎ GAZET E Sayfa: 19

suç fiili olduğunda doğar. Kıyı devletinin sıcak takibe hak kazanıp kazanmadığının somut tespiti BMDHS madde 111/1'in en başta ihlal edilmesi ile başlar. Bu pek çok kıyı devlet uygulamasında vardır. Kıyı devleti, ne kadar önemsiz olursa olsun, herhangi bir yerel yasa veya düzenleme ihlal edilir edilmez sıcak takip yapma hakkına sahiptir. BMDHS'nin 111. maddesindeki ifade, suçun niteliği ne olursa olsun, bir yasa ihlal edildiğinde sıcak takibe izin vermektedir. Bununla birlikte, kıyı devleti tarafından, bir takibe başlamadan önce suçun ciddiyeti dikkate alınmalıdır. Aksi takdirde, bu orantısız bir güç kullanımına yol açacaktır. Ayrıca bir gemi başka bir devletin deniz yetki alanı içinde suç işlemesi halinde bunun kıyı devletince durdurulmasında izlenecek yol görülebilir veya duyulabilir olacağı uzaklıkta olmalı ve bu şekilde, dur emrinin verilmesi gereklidir. İzleme *duraksamadan ve kesintisiz biçimde* yürütülmelidir. İzlemenin hangi hallerde son bulacağı yönünde şu durumlar ortaya çıkabilecektir: (a) doğal nedenlerle kesinti, (b) sürat farkı ile kesinti (c) kimi teknik nedenlerle kesinti (d) bir başka devletin karasularına girilmesi hallerinde izlemenin kesintiye uğraması.

Neticede, izleme göçmen kaçakçılığında sahil güvenliğinin başvuru-bileceği yollardan biridir. Ancak izlemenin, ilgili deniz yetki alanı bulunan kıyı devletinin sahil güvenlik botları, savaş gemileri, askeri uçakları ya da kamu hizmetine tahsis edilen gemi veya uçaklarca takip edilmesi<sup>31</sup> hukukten mümkündür.

### C. Sıcak Takip İle Oluşabilecek Suçlar

Yabancı geminin suç fiili ile ilintilendirilemeyeceği haller ya da kendisine atfedilmeyen suçlar kapsamında, örneğin bir suçun bir yolcu tarafından işlenmesi durumunda, sıcak takip için zemin oluşmaz. Kıyı devletin yargı yetkisi yalnızca gemiye yöneliktir, yolcular ve mürettebat, eylemleri geminin kendisine atfedilmediği sürece kendi bayrak devletin yargı yetkisi kapsamında kalır. Açık ki, sıcak takibe yol açabilmesi için "suçun geminin yetki alanı altında işlenmiş olması" gerekir. Sıcak takip

<sup>31</sup> Devletlerin açık denizde diğer devletlerle işbirliği temelinde halledebileceği sorunlar kapsamına giren konulara baktığımızda köle ticaretinin yasaklanması (madde 99) deniz alanlarında giderken artan haydutluğa karşı mücadelede (madde 100) ve uyuşturucu madde kaçakçılığına karşı mücadele (madde 108) ile açık denizlerde izinsiz radyo yayını (madde 109) açıklanmıştır.

hakkının olabilmesi için iki temel koşul olduğu sonucuna varılabilir: Birincisi, devletin bir suçun işlendiğine inanmak için geçerli bir sebebinin olması, ikincisi ise, suç, geminin kendisine atfedilebilir nitelikte olmasına dairdir.

Türkiye Cumhuriyeti Devletinin denizlerde göçmen kaçakçılığına bir göçmene karşı koruma yükümlülüklerinin ne olduğu sorusu, böyle bir durumda hangi hukuki dayanaklarla hareket edebileceği meselesi hep ele alınabilecek bir durumdur. Bu durum, Devletin ne yapabileceği (yani yetkileri) ve aynı zamanda uluslararası hukuk uyarınca davranışlarını düzenlemek için ne yapması gerektiği (yani görevleri)<sup>32</sup> konusunu öne çıkararak ilgili olan yargı yetkisi tarafından belirlenir.”<sup>33</sup>

Sahil güvenlik botunun karasularından uluslararası sulara takip ettiği göçmen kaçakçılığı yapan suçlu gemiyi durdurması hakkındaki hukuksal dayanakların sadece sıcak takip çerçevesinde detaylandırmak doğru olmaz. Burada iç hukuk ve diğer ilkeler ve hükümler ile anlaşmalar ve içtihat devreye girecektir.

Sıcak takip / kesintisiz izleme hakkı ile kendi karasularında işlenen bir suç (TCK bağlamında göçmen kaçakçılığı) sonucu başlayan kesintisiz (ara vermeden aniden karasularından başlayarak devam eden takip süreci) takip hakkı teamül niteliğindeki bir normdur. Burada takip eden geminin takip edilen geminin durdurulmasına yönelik ihtarları, telsiz yayınları, ikazlar ve bunlara verilen karşılık neticesinde izlenen suçlu geminin agresif hareketler gerçekleştirmesi sonucu nasıl bir yol izlenmelidir? Bir çatma ile sonuçlanabilecek bir eylem sonucunda suçlu gemi devlet gemisinin engellemesinden oluşan çatmadan yargılanması muhtemel midir? Bu ve buna benzer pek çok hukuksal sorunun cevaplanması gerekebilecektir.

Göçmenlerin denizde kaçırıldığı durumlarda *Kara, Deniz ve Hava Yoluyla Göçmen Kaçakçılığına Karşı Protokol*'de suç sayılan davranış “göçmen kaçakçılığıdır”. *Devletlerin Sınır Aşan Örgütlü Suçlara Karşı Birleşmiş*

<sup>32</sup> KHALIQ, Urfan., “Jurisdiction, ships and human rights treaties”, RINGBOM Henrik (ed.), *Jurisdiction Over Ships, Post-BMDHS Developments in the Law of the Sea*, Brill Nijhoff, Leiden, 2015, s. 330

<sup>33</sup> CRAWFORD, James, *Brownlie's Principles of Public International Law*, 8. basım, Oxford University Yayınları, New York, 2012, s. 456.

*Milletler Sözleşmesine* (UNTOC)<sup>34</sup> ve *Göçmen Kaçakçılığı Protokolüne* taraf olmadığı durumlarda hareket alanı daralabilir. *BM Göçmen Kaçakçılığına Karşı Protokol* (The UN Protocol against Smuggling of Migrants), göçmen kaçakçılığını ele almak için kapsamlı bir çerçeve sağlayan ilk küresel uluslararası belgedir. İlgili protokol, taraf devletler arasında iş birliği esasını öngörmektedir.<sup>35</sup>

### Ç. Gemiye Çıkma

Sözleşmeye taraf olsun ya da olmasın, açık denizlerdeki bir gemi, bayrağını taşıdığı, kendisinde kayıtlı olduğu bayrak devletinin yargı yetkisindedir ki, bu durum münhasır bir egemenliğin ifadesidir. Esasen BMDHS, temel insani kurtarma hükümlerinin ötesinde göçmenlerin korunması konusunda sessizdir.

Gallagher ve David (2014), deniz bölgelerinin temel ilkelerini şu şekilde özetlemektedir<sup>36</sup>:

(a) Devletler, karasularında ve (bazı niteliklerle) bitişik bölgelerinde göçmenlik yasalarının ve düzenlemelerinin ihlallerini önleme ve cezalandırma kapasitesine sahiptir.

(b) Devletler, diğer Devletlerin gemilerinin zararsız geçiş hakkına saygı göstermelidir.

(c) Bayrak Devletleri, “ziyaret hakkı” ve “sıcak takip” hakkı gibi sınırlı istisnalara tabi olarak, açık denizlerdeki gemiler üzerinde münhasır

<sup>34</sup> Genel olarak, yargı yetkisi kavramı, bir Devletin yasama, yürütme veya yargı eylemi yoluyla hukuki olarak hareket etme gücünü ifade eder. Devletlerin yargı yetkisine ilişkin, egemen bağımsızlığı yansıtan birkaç ilke vardır. Örneğin, Devletler genellikle kendi toprakları ve vatandaşları üzerinde yargı yetkisine sahipken, kendi toprakları dışındaki yerlerde ve diğer Devletlerin vatandaşları üzerindeki yargı yetkileri daha sınırlı olabilir. UNTOC, Sözleşme ve Protokollerini kapsamındaki suçlarla ilgili olarak Devletlerin yargı yetkisine ilişkin bir dizi hüküm ortaya koymaktadır.

<sup>35</sup> PASTAVRİDİS Efthymios, “Combating transnational organized crime at sea”, issue paper, UNODC, Vienna, 2013, s. 23. Erişim Tarihi: 15.02.2022  
[www.unodc.org/documents/organized-crime/GPTOC/Issue\\_Paper\\_-\\_TOC\\_at\\_Sea.pdf](http://www.unodc.org/documents/organized-crime/GPTOC/Issue_Paper_-_TOC_at_Sea.pdf)  
[https://www.unodc.org/res/human-trafficking/2021the-protocol-som\\_html/SOM.pdf](https://www.unodc.org/res/human-trafficking/2021the-protocol-som_html/SOM.pdf)

<sup>36</sup> GALLAGHER Anne.T.ve DAVID Fionna, *The International Law of Migrant Smuggling*, Cambridge University yayınları, New York, 2014, s. 273.

yargı yetkisine sahiptir. Bu durumda devletlerin denizlerde göçmen kaçakçılığına dair izleyebilecekleri rejim nasıl olmalıdır. Aşağıdaki tablo ile devletin egemenlik yetki alanları ilgili rejim ile kısaca belirtilmiştir:

Deniz alanı	Tanımı	Uygulanan rejim
İç sular	Karasularının ölçüldüğü esas hatlardan karaya doğru uzanan ve bir Devletin limanlarını, iç sularından sayılan koylarını, haliçlerini, boğazlarını, göllerini ve nehirlerini içeren sular.	Tam ve münhasır yargı ve yetki alanı
Karasuları	Bir kıyı Devletinin, esas hatlardan en çok 12 deniz miline kadar uzanabilecek bitişik deniz kuşağı.	Tam ve münhasır yargı ve yetki alanı
Bitişik bölge	Karasularının sınırlarının ölçüldüğü aynı esas hatlardan 24 deniz milinin ötesine geçemeyen karasularına bitişik alan (genellikle "karasuları" olarak da anılır ancak 12 mil karasularından sonra yalnızca 12 mil alanı daha kapsar, aşamaz)	Seyir özgürlüğü ve bayrak Devletin münhasır yargı yetkisi



	Devletin ege- men yetki / yargı alanı.	
Münhasır Eko- nomik Bölge/Kıta Sa- hanlığı	Karasularının genişliğinin ölçül- düğü esas hatlardan itibaren 200 deniz mi- lini aşmayan, karasu- larının ötesinde ve ona bitişik alan.	Seyir özgür- lüğü ve bayrak Devle- tinin münhasır yargı yetkisi
Açık denizler	Bir Devletin iç suları, karasuları, biti- şik bölgesi veya mün- hasır ekonomik böl- gesine dahil olmayan denizin diğer tüm bö- lümleri.	Seyir özgür- lüğü ve bayrak Devle- tinin münhasır yargı yetkisi

#### D. Karasularından Açık Denizlere Göçmen Kaçaklığında Gemiye Çıkmak

UNTOC'nin 15. Maddesi Devletlerin, (i) kendi topraklarında (ülke-  
sellik ilkesi) veya (ii) ilgili Devletin bayrağını taşıyan bir gemide veya il-  
gili Devlet, suçun işlendiği anda (bayrak devleti ilkesi) eyleme geçebilir.

Göçmen Kaçaklığına (smuggling of migrants) Karşı Protokol'ün 3.  
maddesinde tanımlanan göçmen kaçaklığı, sınır aşan bir suçtur. 5237  
Sayılı Türk Ceza Kanununun (TCK) 8. maddesinde belirtildiği üzere, Tür-  
kiye'de işlenen suçlar hakkında Türk kanunlarının uygulanacağı, fiilin  
kısmen veya tamamen Türkiye'de işlenmesi veya neticenin Türkiye'de  
gerçekleşmesi halinde suçun Türkiye'de işlenmiş sayılacağı, aynı Kanu-  
nun 9. maddesine göre Türkiye'de işlediği suçtan dolayı yabancı ülkede  
hakkında hüküm verilmiş olan kimsenin Türkiye'de yeniden yargılana-  
cağı, 5237 Sayılı T.C.K.nın 79/1-b maddesinde ise doğrudan doğruya veya

dolaylı olarak maddi menfaat elde etmek maksadıyla, yasal olmayan yollardan Türk vatandaşı veya yabancıнын yurt dışına çıkmasına imkan sağlayan kişinin cezalandırılacağı düzenlenmiştir.

Sahildar Devlet, kendi topraklarında, karasularında veya bitişik bölgesinde, kendi kanun ve düzenlemelerini ihlal ettiğine inanmak için geçerli sebepleri bulunan yabancı bayraklı bir gemiyi (bitişik bölgenin ötesinde) takip etme hakkına sahiptir. Takip, yabancı gemi veya onun teknelerinden biri, takip eden Devletin iç sularında, karasularında veya bitişik bölgesinde olduğunda başlatılmalıdır ve ancak takip kesilmemişse karasuları veya bitişik bölge dışında da devam ettirilebilir. Sıcak takip hakkı, münhasır ekonomik bölge veya kıta sahanlığı alanlarında, bu alanlara özel hukuk düzeninin ihlali halinde, *mutadis mutandis* (gerekli değişikliklerle) uygulanacaktır (BMDHS'nin 111. maddesi).

Göçmen Kaçakçılığına Karşı Protokol, denizde icra yetkisinin kullanılmasını sağlamayı ve optimize etmeyi amaçlayan özel bir hukuksal çerçeve ortaya koymaktadır.

Sınır ötesi yargı yetkisi, Devletlerin kendi karasularının (yani karasularının) ötesinde yargı yetkisi talep etmesine izin veren ilkedir ve denizdeki göçmenleri korumak için esastır. BMDHS, ilkeyi iki temel kriterle düzenlemektedir: (a) Devletin görev yaptığı geminin bayrağı ve (b) yargı yetkisinin ait olduğu deniz bölgesi. Devlet ve ilgili göçmen arasındaki bağlantıyı kurar (tıpkı gerçek kişiler veya şirketler gibi tüzel kişiler gibi, denizdeki her geminin bir vatandaşlığı vardır.).<sup>37</sup>

Denizde düzensiz yasal statüye sahip göçmenleri taşıyan gemiler, denize elverişliliğin temel standartlarını karşılamadıkları için genellikle bayraksızdır<sup>38</sup>.

Bayrak dalgalandırmamak veya kullanma hakkını kaybetmek önemli hukuki sonuçlar doğurur. Bayraksız gemilerin hak, hürriyet ve

<sup>37</sup> BMDHS'nin 90-92. Maddeleri, Açık Denizler Sözleşmesinin 4-6. Maddelerinde bulunan hükümleri yansıtmaktadır. Gemi ile bayrak Devleti arasında, asgari olarak, bir geminin bir Devletin sicillerinde (kapalı veya açık) kayıtlı olduğu anlamına gelen gerçek bir bağlantı olmalıdır.

<sup>38</sup> JAENSCH Fabian, "Migrants and refugees at sea", Hukuk Master Tezi, Ghent Üniversitesi, Ghent, 2012, s. 8; [https://libstore.ugent.be/fulltxt/RUG01/001/892/209/RUG01-001892209\\_2012\\_0001\\_AC.pdf](https://libstore.ugent.be/fulltxt/RUG01/001/892/209/RUG01-001892209_2012_0001_AC.pdf)

korumaları yoktur. Zaten uluslararası hukuk temelinde, bu da diğer Devletlerin yargı yetkisi talep edebileceği ve onları durdurabileceği anlamına gelir.<sup>39</sup>

### E. Açık Denizlerde Gemiye Çıkmak

Öncelikle belirtmekte fayda olacaktır ki, BMDHS Madde 19 kapsamında, bir geminin başkaca bir devletin karasuları alanından geçerken o ülke kıyısına kirlilik veya kaçakçılık veya silah kullanımı gibi suç teşkil eden fiili eylemlerde bulunduğu tespit edilmesi halinde, bir geminin "geçişinin" "zararsız" olmayacaktır.

İzah edilen bilgiler ışığında, bayraksız veya bayrak taşıyan bir geminin göçmen kaçakçılığı yaptığına inanmak için de makul gerekçeleri olan bir Devlet, o gemiye binebilir ve gemide arama yapabilir. İlk şüpheyi destekleyen kanıtlar bulunursa, Devlet, ulusal ve uluslararası hukuka uygun önlemleri alabilir.

Göçmen kaçakçılığına karıştığından şüphelenilen geminin başka bir Devletin bayrağını taşıması halinde, müdahil Devlet uygun tedbirleri almak için bayrak Devletinden izin isteyecektir. Bayrak Devleti, talepte bulunan Devlete, diğer hususların yanı sıra (i) gemiye çıkması ve gemiyi araması, (ii) göçmen kaçakçılığına karıştığına dair kanıt bulunması halinde, gemi, yük ve gemideki kişilerle ilgili uygun önlemleri alması için yetki verebilir.

Sınır aşan Örgütlü Suçlara Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesini tamamlayıcı Kara, Deniz ve Hava Yoluyla Göçmen Kaçakçılığına Karşı Protokolü ("Göçmenler Protokolü") bu kapsamda önemlidir.

"Bu Protokolün amaçları:

"(a) Kadın ve çocuklara özel önem vererek insan ticaretini önlemek ve bunlarla mücadele etmek;

(b) Bu tür insan ticareti mağdurlarını korumak ve onlara yardım etmek,

<sup>39</sup> De jure yargı yetkisi, fiili kontrolün insan hakları yükümlülüklerini tetiklemesi için yeterli kanıttır. Bakınız : Anja KLUG ve Tim HOWE, "The concept of State jurisdiction and the applicability of the non-refoulement principle to extraterritorial interception measures", RYAN Bernard ve MITSILEGAS Valsamis (eds.), *Extraterritorial Immigration Control Legal Challenges*, Martinus Nijhoff Yayıncılık, Leiden, 2010, s. 95.

İnsan haklarına tam saygı; ve

(c) Taraf Devletler arasında iş birliğini teşvik etmek amacıyla, bu hedeflere ulaşmak." olarak ifade edilmiştir.

Bu detaylar kapsamında zaten ulus ötesi suçlar kapsamına giren göçmen kaçakçılığına ait bir fiilin Türk karasularında meydana gelmesi halinde takibe alınması ve sıcak takibe başlanması hukuka uygundur. Diğer detaylara içtihat hukukuna bakarak değinmekte fayda olacaktır. Bu nedenle uluslararası yargı organlarının sınır ötesi alanlarda gemiye çıkma konusundaki değerlendirmeleri önemli olacaktır.

### **F.Uluslararası Yargı Kurumlarına Göre Sınır Ötesi Gemiye Çıkma**

Açık denizler, önceden de ifade edildiği üzere, bir Devletin iç suları, karasuları, bitişik bölgesi veya münhasır ekonomik bölgesi kapsamına girmeyen bir denizin bütün kısımlarını kapsar.

BMDHS'nin 88. Maddesi "*açık denizlerin barışçıl amaçlar için*" kullanılabilirliğini belirtmektedir. Bu, kendi başına, kuvvet kullanımına ilişkin genel uluslararası hukuk kurallarının uygulanmasına yönelik durumların oluşmasındaki yetkilere halel getirmez.

10 Mart 1988'de Roma'da imzalanan *Deniz Seyrüseferinin Güvenliğine Karşı Yasadışı Eylemlerin Önlenmesine Dair Sözleşme*'nin<sup>40</sup> 8bis maddesi, Devletlerin yabancı gemilere çıkmadan önce bayrak Devletinin onayını almalarını şart koşmaktadır. Bunu bir başka şekilde yorumlarsak, ikazları dikkate almayan ilgili kaçan geminin bayrağı bulunduğu ülke verdiği rıza ile diğer devlete güç kullanma yasal hal alacaktır. Aynı Sözleşme madde 3ter, madde 8quarter kapsamında suç unsurları detaylandırılmaktadır. Gemide suç işleyen kişinin cezai takibattan kaçmasını sağlamaya yönelik olanlar da dahil olmak üzere, suça dair ayrıntılar mevcuttur<sup>41</sup>. Aslında, böyle bir onay olmadan bir gemiye çıkmanın güç kullanma yasağını mı yoksa yalnızca yargı kurallarını mı ihlal edeceği konusunda

<sup>40</sup> Türkiye Cumhuriyeti anılan Sözleşme'yi 2005 yılında bir Protokol ile kabul ederek Resmi Gazete'de yayımlamıştır.

<sup>41</sup> Madde 3, 3bis, 3quarter, 3 ter hükümleri için bakınız: Deniz Seyrüseferinin Güvenliğine Karşı Yasadışı Eylemlerin Önlenmesine Dair Sözleşmeye Ait Ek Protokolü, <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2009/12/20091231M7-2-1.pdf>

herhangi bir şeyi anılan 8bis madde söylemez veya ima etmez. Sonuç olarak bayrak devleti yargı yetkisinin doğasının anlaşılmasına katkı sağlamamaktadır.

Bu kapsamda Uluslararası Deniz Hukuku Mahkemesi (ITLOS), Saiga no.2<sup>42</sup> davasına bakmak gerekir. “BMDHS 293. maddesi uyarınca uygulanabilir olan uluslararası hukuk, güç kullanımından mümkün olduğunca kaçınılmasını gerektirir ve zor kullanmanın kaçınılmaz olduğu durumlarda, koşullarda makul ve gerekli olanın ötesine geçilmemelidir”<sup>43</sup>. Kuvvet kullanımının yasaklanması, “makul ve gerekli” olan güce başvurma yolu olarak meşru müdafaa durumunun varlığını gerektirir.

Bayrak devletinin kendi gemileri üzerinde yargı yetkisini tek başına kullanabileceğine ilişkin genel ilke, Uluslararası Daimî Adalet Divanı'nın “açık denizlerdeki gemilerin devletinki dışında hiçbir yetkiye tabi olmadığı” şeklindeki Lotus davasında (1927) detaylandırılmıştır. Bayrak devleti ilkesi, günümüzde, gemilerin yalnızca bir devletin bayrağı altında seyretmesi gerektiğinin ve genel bir kural olarak, o devletin bayrağına tabi olacaklarının belirtildiği BMDHS'nin 92. maddesinde öngörülmüştür. Bu açık denizlerde münhasır yargı yetkisidir. Her devlet, gemilere vatandaşlık verilmesi, gemilerin tescili ve bayrağını dalgalandırma hakkı için şartlarını belirler. Bu, Uluslararası Deniz Hukuku Mahkemesi tarafından M/V Saiga (No.2) Dava'sında beyan edilmiş olup, burada gemilere vatandaşlık verilmesi ve geri alınmasına ilişkin kriterlerin ve prosedürlerin belirlenmesinin bayrak devletinin bir parçası olduğu sonucuna varılmıştır<sup>44</sup>. Geminin uyruğu buna göre geminin taşıdığı bayrağa bağlıdır, ancak devlet ile gemi arasında gerçek bir bağ olmalıdır. BMDHS Madde 94 (2) (b), bayrak Devletinin sadece kendi bayrağını taşıyan gemiler üzerinde değil,

<sup>42</sup> International Tribunal for the Law of the Sea, The M/V "SAIGA" (No. 2) Case, Saint Vincent ve Grenadinler / Gine), Esas, 1 Temmuz 1999 tarihli Karar.

<sup>43</sup> Saiga 2, parag 155. 1982 Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Sözleşmesi, “Conservation and Management of Straddling Fish Stocks and Highly Migratory Fish Stocks”, United Nations Treaty Series, Vol. 2167, a. 3, madde 22(1)(f). Mahkeme ayrıca “insanlığa ilişkin hususların uluslararası hukukun diğer alanlarında olduğu gibi deniz hukukunda da geçerli olması gerektiğini” belirtti.

<sup>44</sup> The M/V "SAIGA" (No. 2) Case (Saint Vincent and the Grenadines v. Guinea): [https://www.itlos.org/fileadmin/itlos/documents/cases/case\\_no\\_2/merits/C02\\_Final\\_Submission\\_SVG\\_EN.pdf](https://www.itlos.org/fileadmin/itlos/documents/cases/case_no_2/merits/C02_Final_Submission_SVG_EN.pdf)

aynı zamanda bu gemilerin kaptanı, zabitleri ve mürettebatı üzerinde de yargı yetkisini üstlenmesini gerektirir. Daha makul bir yorum, ITLOS'un genel kuvvet kullanımına ilişkin yasağın açık denizlerdeki gemiler için geçerli olmadığını varsaymak mümkündür.

Buna karşılık, *Guyana v. Surinam Dava'sına*<sup>45</sup> karar veren (Daimi Tahkim Mahkemesi'nin himayesinde çalışan) hakem heyeti, yasağı Suri-nam'ın açık denizlerdeki yabancı bir petrol platformuna ve gemilere karşı güç kullanma tehdidinde uygulamıştır<sup>46</sup>. Mahkeme kuvvet kullanımı konusunda BM Şartı Madde 2(4) tarafından yasaklandığını söylemiştir.<sup>47</sup> Mahkeme Surinam eyleminin kuvvet kullanım yasağını ihlal ettiğine karar vermiştir.

*Uluslararası Adalet Divanı (UAD) Petrol Platformları Dava'sında*<sup>48</sup> da yasağı uygulamıştır. Dava, ABD bayraklı iki geminin sırasıyla bir füze ve bir mayın tarafından vurulması ve ABD'nin İran petrol platformlarına karşı yaptığı karşı saldırı ile ilgilidir.<sup>49</sup> ABD bayraklı gemilerden biri limandayken füze ile<sup>50</sup>, diğeri ise açık denizdeyken vuruldu. BM Şartı'nın 51. Maddesinde yer alan saldırı", zorunlu olarak kuvvet kullanma yasağının askeri gemiler için geçerli olduğu anlamına gelir. Ancak bu, mutlaka sivil gemiler için de geçerli olduğu anlamına gelmez.<sup>51</sup>

<sup>45</sup> Permanent Court of Arbitration, *Guyana and Suriname, Award of the Arbitral Tribunal*, 17 September 2007.

<sup>46</sup> Guyana veya Surinam karasularının ötesinde meydana geldi . Bakınız: *Guyana / Surinam*, parag. 151.

<sup>47</sup> *Guyana v. Suriname*, parag 445. Ayrıca bakınız: S.S. "I'm Alone" (Kanada/Amerika Birleşik Devletleri), R.I.A.A. Cilt 3, s. 1615 ve Kızıl Haçlı (Soruşturma Komisyonu, Danimarka Birleşik Krallık), 35 I.L.R. P. 199 (*Guyana / Surinam*, dipnot 518).

<sup>48</sup> *Oil Platforms Case between Islamic Republic of Iran v. United States of America*, yargılama, UAD Raporları, 2003, s. 161.

<sup>49</sup> *Oil Platforms*, parag 25.

<sup>50</sup> Bu metin, iç veya karasularında veya karasularında değil, açık denizlerdeki gemiler üzerindeki yargı yetkisi ile ilgilidir. Ancak saldırı Kuveyt sularında bulunan bir ABD gemisine yöneliktir ve Mahkeme bunun meşru müdafaa amacıyla ABD'ye yönelik bir "silahlı saldırı" teşkil edip etmediğini tartıştı (BM Tüzüğü Madde 51). Saldırı aynı zamanda Kuveyt'e karşı bir güç kullanımı teşkil edebilir, ancak Mahkeme'nin tartıştığı şey, bir gemiye karşı güç kullanımı olarak saldırıydı. Bu, yasağın gemi için geçerli olduğunu varsayar ve Mahkeme'nin gerekçesini mevcut metinle alakalı kılar.

<sup>51</sup> Mahkeme, kararın sivil gemilere yönelik saldırıların da "silahlı saldırılara" konu olabileceğini ima ettiği sonucuna varıyor s. 208.

Petrol platformlarının karasuları dışındaki durumu gemilerininkiyle aynıdır.<sup>52</sup>

San Remo Kılavuzu<sup>53</sup> 67, 98 ve 146. Maddeler, tarafsız askeri olmayan gemilere karşı güç kullanımına izin vermektedir.

Madde 67, bunun nerede gerçekleşebileceğini belirtmez.

98. madde, "askeri gereklilikler tarafından belirlenen" bir mesafede (muhtemelen kıyıdan) yapılabileceğini söyleyen 96. madde ile tamamlanmaktadır.

Madde 146, Madde 14'e göre tarafsız devletlerin iç, kara ve takımda suları anlamına gelen "tarafsız sular" dışındaki alanlarla ilgilidir, yani 146. Madde açık denizlere uygulanır. Ancak San Remo Kılavuzunun esasa ilişkin hükümleri insancıl hukuku ilgilendirmektedir. Hukuksal bağlayıcılığı bulunan bir belge değil, sadece yol göstericidir. El kitabının kendisi, hükümlerinin, güç kullanma yasağının getirdiği sınırlamalara tabi olduğunu varsayar ve istisnalar, bu kurallar gemiler için geçerlidir<sup>54</sup>.

Mahkeme, *Al-Skeini Dava'* sında, iki tür sınır ötesi yargı yetkisi arasında ayırım yapmıştır:

*"Bir alan üzerinde etkin kontrol" ve "Devlet temsilcisi yetki ve kontrolü"*.<sup>55</sup> İlki, bir Devletin toprak üzerindeki kontrolü, ikincisi ise kişilerin

<sup>52</sup> BMDHS'nin 60. maddesi uyarınca, münhasır ekonomik bölgedeki (ve kıta sahanlığındaki 76. madde uyarınca) tesisler ve yapılar, kıyı devletinin münhasır yargı yetkisi altındadır.

<sup>53</sup> San Remo Manual on International Law Applicable to Armed Conflicts at Sea, 12 June 1994: <https://ihl-databases.icrc.org/ihl/INTRO/560>

<sup>54</sup> Uluslararası İnsancıl Hukuk Enstitüsü, San Remo Denizde Silahlı Çatışmalara Uygulanabilecek Uluslararası Hukuk Üzerine El Kitabı, Açıklama ,1994, s. 68. Andrew SANGER, "The Contemporary Law of Blockade and the Gaza Freedom Flotilla," Yearbook of International Humanitarian Law, Cilt 13 ,2010, s. 397, ss. 406-407, Ablukaya ilişkin San Remo kurallarını, kılavuzun amacı olmayan ve genel olarak tanınmayan güç kullanımı yasağı için bağımsız bir istisna olarak ele alıyor gibi görünmektedir. Birleşik Krallık Savunma Bakanlığı, Silahlı Çatışma Yasası El Kitabı ,2005, paragraf 13.106, ablukanın ihlal edilmesi veya ihlal edilmeye çalışılması durumunda tarafsız gemiyi ele geçirmenin yasal olduğunu söylüyor. Kuvvet kullanma yasağına bir istisna uygulanabileceğinden veya bu tür yasağın gemiler için geçerli olmamasından dolayı bunun yasal olup olmadığını açıklamaz..

<sup>55</sup> AHİM- Al-Skeini and Others v. the United Kingdom, Application No. 55721/07, 7 Temmuz 2011, paragraflar 133-140.

kontrolü ile ilgilidir. Dava, “Devlet temsilcisi yetki ve kontrolü” ile ilgili olarak bir gemideki resmi işlemlerle ilgiliydi<sup>56</sup>. Bu bağlamda AIHM, “... gemi üzerindeki kontrol” ile “kişi üzerindeki kontrol” arasında açıkça bir ayırım yaptı ve ikincisinin “belirleyici” olduğuna karar verdi. Bu ayırım, AIHM'nin gemileri yargısal amaçlarla kişiler olarak görmediğini gösteriyor.

Açık deniz bölgesine uygulanabilecek temel ilke, BMDHS'nin 87. maddesinde tüm gemilerin uluslararası hukuka uygun olmaları koşuluyla açık denizleri kullanma özgürlüğü olarak tanımlanan “açık deniz özgürlüğü”dür. Burada hiçbir Devlet açık denizlerin herhangi bir kısmı üzerinde egemenlik kazanamaz. Buna göre, hiçbir Devletin ilke olarak açık denizleri geçen yabancı gemilere müdahale etmek için yasal bir temeli yoktur. Aksine, açık denizlerde bir gemi üzerinde kural koyucu veya yaptırım yetkisini kullanma hakkı münhasıran Bayrak Devletine aittir. BMDHS'nde belirtilen diğer görevlerin yanı sıra Devletler, kendi bayraklarını taşıyan gemiler üzerinde idari, teknik ve sosyal konularda etkin bir şekilde yargı ve denetim uygulamalıdır<sup>57</sup>. Ayrıca denizde güvenliği sağlamak için gerekli tüm önlemleri almalıdır.

*Lotus Davası*: Bayrak Devletinin münhasır yargı yetkisi öne çıkan bir davadır. 1927 SS Lotus Davası (Fransa - Türkiye)<sup>58</sup> davasında, açık denizde iki vapur, yani Fransız SS Lotus ve Türk SS Bozkurt arasındaki çatmayı içeriyordu. Uluslararası Daimî Adalet mahkemesi, uluslararası hukuk tarafından açıkça tanınan sınırlı durumlar dışında, gemilerin kendi bayrak Devletinin yetkisi dışında herhangi bir yetkiye tabi olmadığını belirtti; “Açık denizde bir gemide olup bitenler, geminin bayrağını taşıdığı Devletin topraklarında olmuş gibi kabul edilmelidir” dedi. Ancak Mahkeme buna sınırlamalar getirmiştir.

Sınır ötesi icra yetkisi:

“. . . Davada, Uluslararası Daimî Adalet Divanı (PCIJ), Türkiye'nin bir Türk gemisiyle çatmaya karıştığı sırada bir Fransız gemisinde bulunan

<sup>56</sup> Al-Skeini, parag.136

<sup>57</sup> BMDHS, Maddeler 94(3) ve 94(4)(c)

<sup>58</sup> Permanent Court of International Justice, The Case of the S.S “Lotus”, P.C.I.J. (seri. A) No. 10 (1927).



Fransız bireyler üzerinde cezai yargı yetkisine sahip olduğuna karar verdi. Mahkeme bunu şu gerekçeye dayandırmıştır:

*Denizlerin serbestliği ilkesine göre, bir gemi ulusal toprakla aynı konuma yerleştirilir [...] Bundan dolayı, açık denizde bir gemide meydana gelen olaylar, bayrağını taşıyan Devletin topraklarında meydana gelmiş gibi kabul edilmelidir.*<sup>59</sup> Bu hükmü yorumlamanın en mantıklı yolu, Türkiye'nin Türk gemisi üzerinde sahip olduğu bayrak Devleti yargı yetkisinin, Türkiye'nin bölgesel yargı yetkisinin bir parçası olduğudur. Mahkeme konuyu, Türk topraklarını etkilediği için (Türk gemisi şeklinde) Türkiye'ye olay üzerinde yargı yetkisi veren “*etki doktrini*” temelinde karara bağlamıştır.<sup>60</sup> Geçişin alternatif bir yorumu, bayrak Devleti yargı yetkisinin kişisel yargı yetkisi ilkelerini takip etmesidir. Özellikle, BMDHS'nin 98(1)(c) Maddesi, her Devletin bayrağını taşıyan gemi kaptanlarının bir çatma sonrasında diğer gemiye, mürettebatına ve yolcularına yardım etmelerini talep etmesini zorunlu kılmaktadır. Unutulmamalıdır ki, bayrak Devletin münhasır yargı yetkisinin istisnaları: Ziyaret hakkı ve sıcak takip hakkıdır.

Prensipite genel kural, bayrak Devletlerinin açık denizlerde gemilerini düzenleme konusunda münhasır yetkiye sahiptir. Ancak istisnaları kıyı Devletleri korsanlıkla karşılaştıkları durumlarda “*ziyaret hakkı*” veya “*sıcak takip*” hakları unutulmamalıdır. Devletlerin ayrıca denizde bayrak taşımayan ve fiilen vatansız olan göçmen gemilerini müdahale etmek için önemli bir serbestliği de vardır.<sup>61</sup>

### G. Kıyı Devletin Cezai Yargı Yetkisi Kapsamındaki Eylemler

Kıyı Devletleri, uluslararası hukuka tabi olarak karasuları üzerinde münhasır egemenlik yetkisini kullanırlar<sup>62</sup>. BMDHS'nin 21. Maddesi, Devletlere, göçmenlik, balıkçılık, seyir güvenliği, çevre güvenliği ve “göç yasaları da dahil olmak üzere kendi yasalarını uygulama ve bu gemileri

<sup>59</sup> Lotus Davası, s. 25.

<sup>60</sup> Lotus Davası, s. 23: “Suç etkisini Türk gemisinde ... göstermiştir” ve s. 25 Bunun “etkilerini üretir”.

<sup>61</sup> BMDHS, Madde 110(1)(d) ve (e); ve Açık Denizler Sözleşmesi, Madde 22. BMDHS'nin 92(2) ve 110(1)(e)

<sup>62</sup> BMDHS madde 3 ve 5. . Karasuları hakkında detay için bakınız: GÖZÜGÜZELLİ Emete, Uluslararası Deniz Hukuku, Nobel Yayıncılık, 2020.

ve gemideki bireyleri durdurma ve tutuklama” gücünü içerir<sup>63</sup>. Tek istisna, yabancı gemilerin “zararsız geçiş hakkı”dır<sup>64</sup>.

Karasularına ilişkin hukuk düzeni kapsamında, bir Devlet, kendi karasuları sınırlarındaki gemileri geri çevirebilir ve ayrıca, BMDHS'nin 25. maddesi kapsamındaki yetkilerini kullanarak, bir gemiye karasularını terk etmesini emredebilir.

BMDHS kapsamında göçmenlerin düzensiz göç durumlarının korunması bağlamında, Madde 19(2)'deki belirsizlikler ve sınırlamalar, Devletlerin karasularında cezai yargı yetkisi uygulayabilecekleri pratik gerçekliği daha ön plana çıkarmaktadır.

Bir kıyı devleti, karasularında dört durumda cezai yargı yetkisini kullanabilir. Bunlar, BMDHS Madde 27(1)'de listelenmiştir:

(a) Suçun sonuçları kıyı Devletini de kapsıyorsa;

(b) Suç, ülkenin huzurunu veya karasularının düzenini bozacak nitelikte ise;

(c) Geminin kaptanı, bayrak Devletinin bir diplomatik ajanı veya konsolosluk memuru tarafından yerel makamların yardımını talep etmişse;

(d) Uyuşturucu ve benzeri madde kaçakçılığının bastırılması için bu tür önlemler gereklirse<sup>65</sup>.

Bu noktalardan ilk ikisi, insan ticareti ve göçmen kaçakçılığı ile ilgili olabilir, ancak geminin yalnızca karasularından üçüncü bir Devlete giderken karasularından geçmesi ve bunun için bayrak Devletinin önceden onayının alınması durumunda durumun böyle olması pek olası değildir.

---

<sup>63</sup> Natalie KLEİN, “Assessing Australia’s Push Back the Boats Policy under international law: Legality and accountability for maritime interceptions of irregular migrants”, *Melbourne Journal of International Law*, 15(2),ss.1–30, s. 6.

<sup>64</sup> BMDHS, Madde 17

<sup>65</sup> BMDHS, Madde 27(1).

BMDHS'nin 28. maddesi medeni yargı yetkisinin kullanımını sınırlar; Bir Devletin karasularından geçen yabancı gemiler, sivil yargı yetkisini kullanmak amacıyla durdurulmamalı veya rotası değiştirilmemelidir.

Ancak, bir geminin bulunduğu kıyı devletinin iç sularını terk etmesi ve karasularından geçmesi halinde, kıyı Devletin ceza kanunlarını uygulamalıdır. Madde 27(1)'de sıralanan koşullar önemlidir.<sup>66</sup>

Buna göre, diğerlerinin yanı sıra, alıkoyma veya durdurma “geri itme”<sup>67</sup>(veya “geri dönüş”), geri alma, oyalama ve geri eskortluk gibi ilgili kavramlar da dahil olmak üzere, denizde durdurmaya ilişkin birçok farklı anlayış vardır ve bu anlayışlardan biri ile yakalanır.<sup>68</sup> . Durdurma, Devletin öngördüğü yasalara uymaya zorlamak için hareket etmesi bakımından, etkin bir şekilde bir icra yetkisi uygulamasıdır<sup>69</sup>.

Bulunduğu deniz bölgesi, Devletin müdahale yetkileri bir yanda durdurma, çıkma, arama ve alıkoyma konusunda tam yetkili olduğu durumlardan diğer yanda gemi üzerinde herhangi bir yetkinin tamamen yokluğuna kadar değişebilmektedir. Bir Devlet gemisinin takibine başladığı, daha sonra gemiyi durdurduğu ve dolayısıyla seyir özgürlüğünü sı-

<sup>66</sup> BMDHS, Maddeleri 27(3) --- 27(5). Gemi kaptanı tarafından talep edilmesi halinde, kıyı Devleti makamları, bayrak Devletin diplomatik veya konsolosluk temsilcisine bilgi vermek zorundadır; Devlet makamları, yargı yetkisini kullanırken seyrüseferin çıkarlarına gereken saygıyı göstereceklerdir. Gemi iç sulara girmeden sadece geçiş yapıyorsa, kıyı Devleti geminin karasularına girmeden önce işlenmiş bir suçla ilgili olarak soruşturma veya tutuklama yönünde herhangi bir adım atamaz.

<sup>67</sup> *Açık denizlerde geri itmeler*

“Geri itme” uluslararası hukukta tanımlanmayan bir terimdir, ancak genellikle Devlet yetkilileri tarafından bir gemiyi karasularından uzaklaştırıp geldiği yöne doğru itmek için alınan önlemleri ifade eder. Açık denizlerde, gemideki kişilerin bireysel durumlarını incelemeyen geri itme (push-back” (or “turn-back”), taking back”) faaliyetleri, kıyı devletince kullanılabilir. Kişiler, müdahalede bulunan Devlet dışındaki bir Devletin topraklarına geri gönderilmeden önce, korunma ihtiyaçlarının belirlenmesi amacıyla, davalarının koşullarının bireysel olarak incelenmesine ilişkin usulüne uygun bir süreç geçirilmelidir. Buna göre, BMDHS'in de bu bağlamda bir eylemle kıyı devletinin bir gemiyi durdurma faaliyetinin tamamen icra edeceği eylemlerle iyi niyetle yorumlanmalı ve uygulanmalıdır. Denizlerde göçmen krizleri ve geri itmeler ile ilgili bakınız: Migration at Sea, <https://migrantsatsea.org/tag/push-back-practice/>; Erişim Tarihi: 10.03.2022

<sup>68</sup> Daha fazla detay için bakını: Barbara MILTNER, “Düzensiz deniz göçü: Kurtarma ve müdahalede mülteci koruma sorunları”, *Fordham International Law Journal*, 2006,30(1)ss.75-125; ss.79-83. <https://ir.lawnet.fordham.edu/cgi/viewcontent.cgi?Maddede=2035&context=ilj>

<sup>69</sup> GALLAGHER Anne.T.ve DAVID Fionna, *The International Law of Migrant Smuggling*, s. 408.

nırladığı andan itibaren (sadece çok özel yasal gerekçelerle denizde gerçekleştirilebilecek bir eylem), yakalanan geminin Devletin etkin kontrolü altında olduğu kabul edilebilir.<sup>70</sup>

Özetle, Devletlerin, aşağıdaki durumlarda düzensiz göçmen taşıyan gemilere karşı kendi kanunlarını/otoritesini uygulama hakları vardır:

(a) Devletin ülke karasularında, gemideki kişilerin yasal giriş gerekliliklerine uymadan, kıyı devletinin kara alanına çıkma niyetinde oldukları açıksa;

(b) Sınırlı durumlarda, bitişik bölgede (bir suçun kıyı devletinin karasularında veya topraklarında işlendiğinin bildirilmesi halinde);

(c) BMDHS veya başka bir anlaşma uyarınca izin verildiği takdirde, açık denizlerde buna yönelik makul şüphe durumunda<sup>71</sup>

Öte yandan, açık denizde uyruğu olmayan bir yabancı gemi ile karşılaştığında, bir Devletin onu ziyaret etme yönünde açık bir hakkı vardır.<sup>72</sup>

Elbette Devletin bayrağını taşıyan gemiler üzerindeki gücü deniz bölgesinin yasal rejimine bağlıdır. Örneğin, Devletler münhasır ekonomik bölgede, kendi balıkçılık lisans sistemleri oluşturabilir veya bitişik bölgede, kendi ulusal yasalarının olası ihlallerini önleyebilirler. Yetkileri, diğerlerinin yanı sıra *durdurma*, *gemiye binme*, *teftiş ve geri itmeyi* içerebilen önleyici faaliyetlerle sınırlıdır.<sup>73</sup>

Son olarak göçmen kaçakçılığına müdahale için Avrupa Birliği çerçevesinde meseleye bakıldığında, 656/2014 Sayılı Avrupa Birliği Tüzüğü'nün 6. Maddesi, karasularında bir kaçakçı gemisinin bulunduğu kıyı Devletine, diğer Devletlere gemiye karşı önlem alma yetkisi vermesine

<sup>70</sup> Al-Skeini vd. v. Birleşik Krallık (Karar),Başvuru No. 55721/07, AHİM, 7 Temmuz 2011,Paragraflar 132 ve 137

<sup>71</sup> BMDHS, Madde 19(2)(g)

<sup>72</sup> BMDHS, Madde 92(1), 91(2) ve 110(1)(d.)

<sup>73</sup> Gemilerinde düzensiz göçmenlerin bulunduğu iddia edilen ülke ulusal yasaları ihlal ettiği düşünüldüğünde, bayrak devleti olarak buna müdahale etme hakkı yasaldir.

izin veren bir mevzuat örneğidir<sup>74</sup>. Göçmen kaçakçılığı yapan kişileri taşıdığı şüphesine dayanarak, kıyı Devleti üçüncü Devletlere o gemi hakkında bilgi talep etme ve gerekirse bu gemide durdurma, gemiye çıkma ve arama yapma yetkisi verebilir. Kanıtlar bu şüpheyi destekliorsa, kıyı Devleti üçüncü Devletlere gemiyi ve ayrıca gemideki kişileri alıkoyma veya geminin rotasını değiştirmesini emretme yetkisi verebilir.<sup>75</sup>

## SONUÇ

Bugün, kıyı devletinin bir göçmen kaçakçılığında bulunan bir gemiye müdahalesi son derece önemli bir konudur. Devletlerin yükümlülüklerini yorumlamada anlaşamadıkları ve göçmenlerin korunmasında boşluklar bıraktığı görülse de kıyı devleti bu konuda yargı yetkisine sahiptir. Sorumluluğun adil bir şekilde dağıtılmasında Devletlerarası yetersiz iş birliklerini bir tarafa bırakacak olsak, münhasır egemen veya egemen sınırlar içerisindeki kontrol önemlidir. Organize niteliğinde suç fiilini işleyen kişilerin faaliyetleri de devletlerin egemenliklerine karşı ihlal niteliği taşır. Sınır kontrolü, arama kurtarma ve buna dayalı etkinlik ya da sahil güvenliğini sağlayıcı stratejiler, sadece kıyı Devletini ilgilendirir. Bu nedenle, bir kıyı devletinin bizzat kendi bayrağını taşıyan bir gemiye açık denizlerde müdahale etmesi, şartlar oluştuğunda her zaman hayati çıkarlar için önemlidir. Dolayısıyla, Türkiye'nin göçmen kaçakçılığı mücadele programı ve buna dayalı ülke egemenliğindeki sınır güvenliği sağlamaya yönelik rol dikkate alındığında, Türk karasularında işlenen bir suç söz konusu olması ile Türkiye'nin kendi bayrak gemisi üzerinde kaçmakta olan gemiye müdahalede münhasır yargı yetkisi vardır. Bu suça teşebbüsle dahi yakalamada takip, yakalama ve yargılama yolu açıktır.

Özetle, Türk Sahil Güvenlik Komutanlığının, Türk deniz yetki alanlarında işlenen bir suç dahil sınır ötesi açık deniz alanlarındaki faaliyetlerde de aktif göçmen kaçakçılığını önlemek adına "seyirleri önleme hakkı" vardır. Burada mesele suç teşkil eden fiilin başladığı su alanının hangi deniz yetki alanına girdiğidir. Bu nedenle Türkiye'nin esas hatları

<sup>74</sup> AB Tüzüğü, No 656/2014 Avrupa Parlamentosu ve Konseyi, 15 Mayıs 2014: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32014R0656&from=EN>

<sup>75</sup> AB Tüzüğü, 656/2014, Madde 6(2).

ve bu hatların berisinde kalan iç suları ya da esas hatlardan itibaren karasuları dış kıta sınırına kadar gösterilen alanlarda operasyonel egemenlik yetkisi tam ve münhasırdır. Aynı şekilde, suç teşkil eden fiilin başladığı deniz yetki alanı, bayrak devleti konumu, bulunulan mevkide uygulanan rejim kapsamında sahil güvenliğinin uyarıları dikkate alınmayan ve kaçan gemiyi takip etme, durdurma, alıkoyma, tutuklama hakkı da bulunmaktadır. Özellikle de açık denizlere kaçan gemi Türk bayraklı ise, makul şüphe ile durdurulması, el konulması, gemiye çıkılması devlet otoritesindedir.

## KAYNAKLAR

- 1982 Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Sözleşmesi, “Conservation and Management of Straddling Fish Stocks and Highly Migratory Fish Stocks”, United Nations Treaty Series, Vol. 2167.
- 30 Ocak 2003 gün ve 4800 sayılı yasa
- 30 Ocak 2003 gün ve 4803 sayılı yasa
- 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu
- AB TÜZÜĞÜ, No 656/2014 Avrupa Parlamentosu ve Konseyi, 15 Mayıs 2014: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32014R0656&from=EN>
- ACER, Yücel. KAYA, İbrahim. Uluslararası Hukuk. 6. Basım. Ankara: Seçkin Yayınları, 2015. s 164-169.
- Al-Skeini et al. v. Birleşik Krallık (Karar), Başvuru No. 55721/07, AHİM, 7 Temmuz 2011, Paragraflar 132 ve 137
- Birleşmiş Milletler Genel Sekreteri, “Report of the Secretary General on Oceans and the Law of the Sea”, 10 Mart 2008, BM Dökümanları: A/63/63, parag. 39 ve 89-97.
- CONVENTION ON THE HIGH SEAS, 1958, madde 5, Birleşmiş Milletler, Anlaşmalar Serisi, vol. 450, ss. 1-10, s. 3
- CRAWFORD, James, Brownlie’s Principles of International Law (2012), ss. 457-464.
- EREL, Kemalettin, “Yargıtay Kararları Işığında Göçmen Kaçakçılığı Suçu”, TBB Dergisi, sayı 71,2007,ss.264-200,s.265
- GALLAGHER Anne.T.ve DAVID Fiona, The International Law of Migrant Smuggling , Cambridge Üniversitesi yayınları, New York, 2014, s. 273.
- GÖZÜGÜZELLİ, Emete, Uluslararası Deniz Hukuku, Nobel Yayıncılık, 2020.
- HOSANEE, Nivedita M., A Critical Analysis Of Flag State Duties As Laid Down Under Article 94 Of The 1982 United Nations Convention On The Law Of The Sea, the United Nations-Nippon Foundation Fellowship Programme 2009 – 2010, ss. 1-111

International Institute of Humanitarian Law, San Remo Manual on International Law Applicable to Armed Conflicts At Sea: <https://ihl.org/san-remo-manual-on-international-law-applicable-to-armed-conflicts-at-sea/>

International Tribunal for the Law of the Sea, The M/V "SAIGA" (No. 2) Case, Saint Vincent ve Grenadinler / Gine), Esas, 1 Temmuz 1999 tarihli Karar.

JAENSCH, Fabian,, "Migrants and refugees at sea", Hukuk Master Tezi, Ghent Üniversitesi, Ghent, 2012, s. 8; [https://libstore.ugent.be/fulltxt/RUG01/001/892/209/RUG01-001892209\\_2012\\_0001\\_AC.pdf](https://libstore.ugent.be/fulltxt/RUG01/001/892/209/RUG01-001892209_2012_0001_AC.pdf)

Judicial Committee of the Privy Council, 20 April 1948, Erişim Tarihi: 6.02.2022, <https://www.refworld.org/docid/3ae6b6544.html>; <http://www.unhcr.org/refworld/docid/3ae6b6544.html>

KHALIQ, Urfan, "Jurisdiction, ships and human rights treaties", (RINGBOM Henrik (ed.)), Jurisdiction Over Ships: Post-BMDHS Developments in the Law of the Sea Brill Nijhoff, Leiden, 2015.

KLEIN, Natalie, "Assessing Australia's Push Back the Boats Policy under international law: Legality and accountability for maritime interceptions of irregular migrants", Melbourne Journal of International Law, 15(2),ss.1-30.

KLUG Anja KLUG ve HOWE Tim HOWE, "The concept of State jurisdiction and the applicability of the non-refoulement principle to extraterritorial interception measures", RYAN Bernard ve MITSILEGAS Valsamis (eds.), Extraterritorial Immigration Control Legal Challenges, Martinus Nijhoff Yayıncılık, Leiden, 2010,s. 95.

LLOYD, Captain Michael, The United Nations Convention Of The Law Of The Sea And The Flag States, 23 May 2021, Human Rights At Sea Puplication, <https://www.humanrightsatsea.org/news/op-ed-BMDHS-flag-states-imo-and-accountability>, Erişim Tarihi: 2.02.2022

MILTNER, Barbara, "Düzensiz deniz göçü: Kurtarma ve müdahalede mülteci koruma sorunları", Fordham International Law Journal,



2006,30(1)ss.75-125.<https://ir.lawnet.fordham.edu/cgi/viewcontent.cgi?Madde=2035&context=ilj>,Erişim Tarihi:14.01.2022.

Migration at Sea, <https://migrantsatsea.org/tag/push-back-practice/>; Erişim Tarihi: 10.03.2022

Naim Molvan v. Attorney General for Palestine (The "Asya"), 81 LI L Rep 277, United Kingdom:

Oil Platforms Case between Islamic Republic of Iran v. United States of America, Yargılama, UAD Raporları, (2003) s. 161.

PAPASTAVRİDİS, Efthymios, "Combating transnational organized crime at sea", issue paper, UNODC, Vienna, 2013, s. 23.

Permanent Court of Arbitration, Guyana and Suriname, Award of the Arbitral Tribunal, 17 September 2007.

Permanent Court of International Justice, The Case of the S.S "Lotus", P.C.I.J. (ser. A) No. 10 (1927).

S.S. "I'm Alone" (Kanada/Amerika Birleşik Devletleri), R.I.A.A. Cilt 3, s. 1615 ve Kızıl Haçlı (Soruşturma Komisyonu, Danimarka Birleşik Krallık), 35 I.L.R. s. 199.

SAHİL GÜVENLİK KOMUTANLIĞI: <https://www.sg.gov.tr/duzensiz-goc-istatistikleri>(2.03.2022)

SANGER, Andrew, "The Contemporary Law of Blockade and the Gaza Freedom Flotilla," Yearbook of International Humanitarian Law, Cilt 13 (2010), ss. 406-407.

Tanımlar, Sınıraşan Örgütlü Suçlara Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi'ne Ek Kara, Deniz Ve Hava Yoluyla Göçmen Kaçaklığına Karşı Protokol; [http://madde14.org/index.php?title=Kara,\\_Deniz\\_ve\\_Hava\\_Yoluyla\\_G%C3%B6%C3%A7men\\_Ka%C3%A7ak%C3%A7ılı%C4%B1na\\_Kar%C5%9F%C4%B1\\_Protokol](http://madde14.org/index.php?title=Kara,_Deniz_ve_Hava_Yoluyla_G%C3%B6%C3%A7men_Ka%C3%A7ak%C3%A7ılı%C4%B1na_Kar%C5%9F%C4%B1_Protokol)

TEZCAN, Durmuş, "Bozkurt-Lotus Davasının Uluslararası Hukuktaki Önemi ve Yeri", Çağdaş Türkiye Tarihi Araştırmaları Dergisi, vol:2, no:4, (1994), s.267-272.

The M/V "SAIGA" (No. 2) Case (Saint Vincent and the Grenadines v. Guinea): [https://www.itlos.org/fileadmin/itlos/documents/cases/case\\_no\\_2/merits/C02\\_Final\\_Submission\\_SVG\\_EN.pdf](https://www.itlos.org/fileadmin/itlos/documents/cases/case_no_2/merits/C02_Final_Submission_SVG_EN.pdf)

The UN Refugee Agency (UNHCR), "Conclusions Adopted by the Executive Committee on the International Protection of Refugees (1975--2009 Conclusion No. 1 - 109)", 2009, No. 97, ss. 1-209.

Türk Uluslararası Gemi Sicili Yönetmeliği, Resmî Gazete Tarihi: 23.06.2000 Resmî Gazete Sayısı: 24088;1209 sayılı Gemi Sicil Nizamnamesi, 4.2.1957, No : 9526; Türk Ticaret Kanunu

Türkiye'de Düzensiz Göç, Türk Dışişleri Bakanlığı, [https://www.mfa.gov.tr/turkiye\\_de-duzensiz-goc.tr.mfa](https://www.mfa.gov.tr/turkiye_de-duzensiz-goc.tr.mfa)

Uluslararası Hukuk Komisyonu (International Law Commission), BM Andlaşmalar Serisi, 1949-1998 Vol.1, Sir Arthur Watts, s.60

Uluslararası İnsancıl Hukuk Enstitüsü, San Remo Denizde Silahlı Çatışmalara Uygulanabilecek Uluslararası Hukuk Üzerine El Kitabı, Açıklama (1994), s. 68.

UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT, United Nations Convention on Conditions for Registration of Ships Adopted by the United Nations Conference on Conditions for Registration of Ships on 7 February 1986, TD/RS/CONF/23

United Nations Publication Sales No: 1956. V. 3, Vol.11, s.118. ayrıca Uluslararası Deniz Hukukuna dair detaylara bakınız: Report of the International Law Commission to the General Assembly, Yearbook of the International Law Commission, United Nations Convention on the Law of the Sea, A Commentary , Volume III, United Nations Convention on the Law of the Sea a Commentary.

United Nations, Issue Paper: Smuggling of Migrants by Sea, 2011.ss.2-71.

[www.unodc.org/documents/organized-crime/GPTOC/Issue\\_Paper\\_-\\_TOC\\_at\\_Sea.pdf](http://www.unodc.org/documents/organized-crime/GPTOC/Issue_Paper_-_TOC_at_Sea.pdf)

"Uyuşturucu ve Psikotrop Maddelerin Kaçakçılığına Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi, Milletlerarası Sözleşme, Karar Sayısı: 96/7801. Bakınız: <https://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/22551.pdf>

Yargıtay 8. Ceza Dairesi, Esas 9 Kasım 2006/4799-8025

Yargıtay Ceza Genel Kurulu, Esas: 2012/8-322, Karar: 2012/221, Tarih:  
05.06.2012.

YENİDÜNYA Ahmet Caner ve ALŞAHİN Mehmet Emin ALŞAHİN,  
“Göçmen Kaçakçılığı Suçu (TCK.m.79)”,TBB Dergisi, sayı  
82,2009, ss. 1-50,s. 23

Yargıtay 8. Ceza Dairesi, Esas 6 Mart 2007/5046-1705





## AN OVERVIEW OF THE CONCEPTS OF 'DIGITAL ECONOMY' AND 'DIGITAL MARKETS' AS ONGOING TRENDS IN EU COMPETITION LAW

Dr. Erman EKİNGEN\*

### Abstract

Although e-commerce is relatively new, it has been the cornerstone of international trade in the modern world. Broadly, e-commerce can be described as the process of buying, selling or exchanging any kinds of products, services and information via electronic channels. The economy is one of the areas directly affected by e-commerce, and as a result of this significant impact, the concept of the digital economy has emerged. It is complicated to define the concept of the digital economy as it continues to expand in scope day by day; however, its impact can broadly be experienced in many different fields. To set an example, the occurrence of the digital economy has already caused many significant changes in many areas, such as the examination of competition issues in the markets. It has significant effects on current EU competition law understanding, and it is evident that it will continue to form future prosperity. Therefore, this article aims to explain the general dynamics of the digital economy and digital markets as an important issue being discussed in EU competition law.

\* Öğretim Görevlisi Dr., Çukurova Üniversitesi Hukuk Fakültesi Avrupa Birliği Hukuku Anabilim Dalı, Adana, Türkiye | Lecturer Dr in EU Law, Çukurova University, Faculty of Law, Adana, Turkey.

✉ eeking@cu.edu.tr/ erman.ekingen@hotmail.com • ORCID 0000-0001-9534-2860.

✎ **Atıf Şekli** | Cite As: EKİNGEN, Erman: "An Overview of The Concepts of 'Digital Economy' And 'Digital Markets' as Ongoing Trends in Eu Competition Law" *SÜHFD.*, C. 30, S. 4, 2022, s. 1933-1968.

✎ **İntihal** | **Plagiarism**: Bu makale intihal programında taranmış ve en az iki hakem incelemesinden geçmiştir. | This article has been scanned via a plagiarism software and reviewed by at least two referees.

✎ Bu eser Creative Commons Atıf-GayriTicari 4.0 Uluslararası Lisansı ile lisanslanmıştır. | This work is licensed under Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License.



## Key Words

Digital Economy • EU Competition Law • E-Commerce • Digital Markets • Trade

# AB REKABET HUKUKUNDA SÜREGELEN TREND OLARAK 'DİJİTAL EKONOMİ' VE 'DİJİTAL PİYASALAR' KAVRAMLARINA GENEL BİR BAKIŞ

## Öz

E-ticaret her ne kadar görece yeni bir kavram olsa da, modern dünyada uluslararası ticaretin temel taşı olmuştur. Genel olarak e-ticaret, her türlü ürün, hizmet ve bilginin elektronik kanallar aracılığıyla satın alınması, satılması veya değiş tokuş edilmesi süreci olarak tanımlanabilir. Ekonomi, e-ticaretten doğrudan etkilenen alanlardan biridir ve bu önemli etkinin bir sonucu olarak dijital ekonomi kavramı ortaya çıkmıştır. Dijital ekonomi kavramını tanımlamak gün geçtikçe kapsamı genişlemeye devam etmesi sebebiyle oldukça güçtür; ancak etkisi birçok farklı alanda geniş ölçüde deneyimlenebilir. Örnek vermek gerekirse, dijital ekonominin ortaya çıkması, piyasalardaki rekabet konularının incelenmesi gibi birçok alanda şimdiden birçok önemli değişikliğe neden olmuştur. Mevcut Avrupa Birliği rekabet hukuku anlayışı üzerinde önemli etkileri vardır ve gelecekte de refahı oluşturmaya devam edeceği açıktır. Bu nedenle bu makale, AB rekabet hukukunda tartışılan önemli bir konu olarak dijital ekonominin ve dijital pazarların genel dinamiklerini açıklamayı amaçlamaktadır.

## Anahtar Kelimeler

Dijital Ekonomi • AB Rekabet Hukuku • E-Ticaret • Dijital Pazarlar • Ticaret

## INTRODUCTION

EU competition law which is mostly derived from Articles 101 to 109 of the Treaty on the Functioning of the European Union (TFEU) and Protocol No 27 on the internal market and competition, has been accepted as a crucial tool in recent years for dealing with the problems of trade and economic activities within the EU. Nevertheless, its role in the digital economy remains unclear.<sup>1</sup> This is problematic as digitisation<sup>2</sup> of

<sup>1</sup> WHISH, Richard; BAILEY, David, Competition Law, 9th Edition, Oxford University Press, 2018, 1-3.

<sup>2</sup> Digitisation and digitalisation are two different terms which are a part of digital transformation. In many sources, these terms are often used interchangeably, but their actual meanings are wholly distinct. For that reason, a clarification on their meaning is needed. Digitisation is the act of converting some physical data into a

economic activities has been occurring since the 1990s and the digital economy is all around people in the form of the Internet and also present for undertakings that focus on e-commerce. This situation points to the existence of a new area that EU competition law should pay particular attention to.

It is very difficult to define the concept of digital economy as it continues to expand in scope day by day. Broadly, the digital economy refers to an economy which is related to online economic connections among people, undertakings, and other trade actors. These connections are generally about the trade in goods or services.<sup>3</sup>

The occurrence of digital economy has already caused many major changes in the examination of competition issues, and its effect can be seen in the decisions of the European Commission (EC), the General Court (GC), The Court of Justice of the European Union (CJEU) and national competition authorities (NCA) and regulations. The digital world and digital economy concepts have started to be discussed in the early 1990s in the EU and its first results was seen in the late 1990s. In *WorldCom/MCI*,<sup>4</sup> the term Internet, its definition, internet-related services and its function were discussed for the first time.<sup>5</sup> After that, in *MCI WorldCom/Sprint*, these same issues were discussed again,<sup>6</sup> and there it

---

digital form. As it is explained in the main text since 1990, many physical, economic data are transferred into digital form. On the other side, digitalisation is the act of changing existing business processes through the use of new digital technology. Regarding digitisation of economic activities, many undertakings add more value or opportunity to their businesses through modern means by offering a digital experience to their customers. As a whole, this process is called digital transformation. For more information please see BRENNEN, J. Scott; KREISS, Daniel, 'Digitalization' in Klaus Bruhn Jensen; Robert T. Craig (eds), *The Wiley Blackwell-ICA International Encyclopedia of Communication Theory and Philosophy*, John Wiley & Sons, 2016, 1-11.

<sup>3</sup> SCHMIDT, Hedwig K., 'Taming the Shrew: There's No Need for a New Market Power Definition for the Digital Economy', *Stockholm Faculty of Law Research Paper Series*, 17, 2017, 2; EZRACHI, Ariel, 'EU Competition Law Goals and the Digital Economy', *Oxford Legal Studies Research Paper Series*, 17/2018, 2018, 1; Organisation for Economic Co-Operation and Development (OECD), [2012], *The Digital Economy*, 23.

<sup>4</sup> Case IV/M.1069, *WorldCom/MCI*, [1998], OJ L 116/1.

<sup>5</sup> Case IV/M.1069, *WorldCom/MCI*, paras 1–35.

<sup>6</sup> Case COMP/M.1741, *MCI WorldCom/Sprint*, [2000], OJ L 300/1.

was emphasised that 'The Internet is now witnessing the development of new services such as e-commerce, online video, voice over IP etc that necessitate much more capacity than required up until today and also are provided in real time.'<sup>7</sup>

Considering all these changes and new discussions surrounding the digital world and digital economy, along with case decisions, specific discussions on the digital economy were initiated in many different supranational platforms. In 2000, a roundtable on e-commerce was held by the Organisation for Economic Co-operation and Development (OECD) to provide greater cooperation among NCAs. In June 2018, another roundtable was held to discuss e-commerce. Although the topics in these two roundtables were the same, the discussion points were all different. In the 2000 roundtable, e-commerce was defined broadly, and it was revealed that e-commerce had reduced business costs. However, the potential problems based on this effect could not be predicted.<sup>8</sup> In contrast to this, in the 2018 roundtable, rather than discussing the effects of e-commerce on the businesses, the current problems and debatable topics of e-commerce were discussed, such as online multi-sided platforms (MSP), vertical restraints and hub-and-spoke collusion.<sup>9</sup>

All these details show how the concept of e-commerce has seeped into the legal environment of all businesses and countries all around the world. Over a period of eighteen years, the new concept became a global phenomenon. After all, the extensive process of digitalisation has changed competition needs in the existing markets in various ways and has led to the emergence of new trends and business models.

New concepts and understandings in the economy pose new challenges to competition policy because of digitalisation. In attempting to fill the gaps mentioned above, some basic actions were taken. In the EU competition law, related rules which are in place to remove the problems

---

<sup>7</sup> Case COMP/M.1741, MCI WorldCom/Sprint, para 51.

<sup>8</sup> Organisation for Economic Co-Operation and Development (OECD), [2000], Competition Issues in Electronic Commerce.

<sup>9</sup> Organisation for Economic Co-Operation and Development (OECD), [2018], Implications of E-commerce for Competition Policy - Background Note, DAF/COMP(2018)3. This version of the OECD Background Note was cancelled and replaced in February 2019. For the full version of the new background note on implication of e-commerce for competition policy please look at Organisation for Economic Co-Operation and Development (OECD), [2019], Implications of E-commerce for Competition Policy - Background Note, DAF/COMP(2018)3.



within traditional markets have been adapted for the digital markets instead of setting new rules based on the needs of digital markets. In addition, debates on the relation of the digital economy and competition law have been ongoing on the basis of both EU competition law and member countries' domestic competition law. Different strategies that can offer new solutions to the problems began to be discussed. As a result of 'The global market is rapidly becoming digital' understanding of the EC, Digital Single Market Strategy (DSMS) has been launched by the Commission in 2015.<sup>10</sup> This new and different economic system has also become effective in the regulations. In 2017, the domestic competition regulation of Germany (*Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen*)<sup>11</sup> was amended in accordance with the current needs of digitalisation and economic changes in competition law.<sup>12</sup> Although the adequacy of these

---

<sup>10</sup> EUROPEAN COMMISSION, 'A Digital Single Market Strategy for Europe', COM (2015), 192 final, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52015DC0192&from=EN>, Accessed 10 February 2022.

<sup>11</sup> Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB), [26.08.1998], available at <http://www.gesetze-im-internet.de/gwb/GWB.pdf>, for English version is available at [https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/EN/Others/GWB.pdf?\\_\\_blob=publicationFile&v=6](https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/EN/Others/GWB.pdf?__blob=publicationFile&v=6), Accessed 10 February 2022.

<sup>12</sup> In 2017, the 9<sup>th</sup> amendment of the Act against Restraints of Competition (Competition Act – GWB) of Germany entered into force. The main aim of this amendment was explained as implementing Directive 2014/104/EU under national law and offering a solution to the problems of digitalisation. For the aim of offering a solution to the particular problems of digitalisation, new legal provisions are introduced on the topic of having a dominant position in the market and a new test in merger control. In section 18 (3a), market dominance in the case of online MSP markets and networks is specifically regulated and the new terms based on the digital economy such as multi-sidedness, direct-indirect network effects, switching cost, access to data and innovation-driven competitive pressure are used under this paragraph. Although this section was criticised for not emphasising consumer preferences and not being effective on the concept of consumer welfare, the new amendment of the German competition act was started to be discussed and the new focus would be digitalisation related institutional changes. For further information about the 9<sup>th</sup> amendment of the German competition act, please see BUDZINSKI, Oliver; STÖHR, Annika, 'Competition Policy Reform in Europe and Germany – Institutional Change in the Light of Digitization', Ilmenau University of Technology Institute of Economics Ilmenau Economics Discussion Papers, 24(117), 2018; SCHWEITZER, Heike; HAUCAP, Justus; KERBER, Wolfgang; WELKER, Robert, 'Modernisierung der Missbrauchsaufsicht für marktmächtige Unternehmen', Projekt im Auftrag des Bundesministeriums für Wirtschaft und Energie (BMWi), 66(17), 2018, 5-20, <

amendments is debatable, it is of great importance that the effect of the digital economy on competition policy has already been realised. Based on this understanding, some changes to the regulations to adapt to the digital economy have been made. As a result of all these actions, the ongoing transformation process in terms of digital economy and digital markets in the EU showed its results in 2020. The EC released the proposal of the Digital Services Act (DSA) and the Digital Markets Act (DMA)<sup>13</sup>, which encompassed a single set of new rules applicable across the whole of the EU regarding creating a safer digital space where the fundamental rights of users are protected and to establish a level playing field for businesses.

As all these details demonstrate, the digital economy has gained importance for all aspects of law but especially for competition law. It has major effects on current EU competition law understanding, and it is evident that it will continue to form future prosperity. While it is continuing its development process, new business models, new markets and new competition law issues will also be continuing to emerge. In finding solutions to all existing and potential problems of the EU competition law, this article focuses on the digital economy and digital markets to understand their main threats. Therefore, this article aims to explain the general dynamics of the digital economy and digital markets as an important issue being discussed in EU competition law.

In this work, after having defined the online multi-sided platforms, digital economy and digital markets, the general understanding of digital economy and digital markets will be explained and after that they all will be examined by analysing the motivations for the digital world and e-commerce popularisation. After that, the general features of digital markets will be listed, and seven main features will be discussed in detail to frame the concept of digital markets and to understand their main issues. Following explanation about the infrastructure of digital markets and the importance of innovation therein, current discussions on digital economy and digital market in EU competition law, which can be pointed

---

missbrauchsaufsicht-fuer marktmaechtigeunternehmen.pdf?\_\_blob=publicatio nFile&v=15>, Accessed 10 February 2022.

<sup>13</sup> European Commission – Press Release IP/20/2347, 'Europe fit for the Digital Age: Commission Proposes New Rules for Digital Platforms, (2020), <[https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip\\_20\\_2347](https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_20_2347)>, Accessed 10 February 2022.

as algorithms, big data, the DSMS and the regulating online multi-sided platform markets will be considered in the last section of this article.

## 1. ONLINE MULTI-SIDED PLATFORMS IN GENERAL

As a natural consequence of the development of the trade based on digitalisation of the economic activities, some new environments where e-trade can take place began to arise. The most important and popular one among these new environments has been online multi-sided platforms so far. Although they bring some advantages, they also introduce many new risks for organisations, consumers, governments, and the global economy as the current rules to regulate the markets in the EU are aimed to remove the problems within traditional single-sided markets which consist of a single relationship between actors. To understand the main issues in the digital economy and digital markets, the online multi-sided platforms need to be explained in detail as they are one of the main actors in the digital economy and digital markets; so this section of the article briefly explains the online MSPs.

The main aim of online MSPs is to enable two or more different groups of trade actors to come together in one of the digital markets, which can be called online MSP market, and to provide a convenient searching and matching service.<sup>14</sup> Online MSP markets are different than the traditional single-sided markets as they serve two or more distinct groups of customers who value each other's participation at the same time whereas traditional single-sided markets deal with only individual transactions.<sup>15</sup> Online MSPs bring many new and easier ways of doing daily routines such as working, studying, communicating, entertainment, and shopping for people. Now, individuals' lives and the concept of trade cannot be thought of without online MSPs. Netflix, Amazon, Google, Microsoft, Trendyol, YouTube, Uber, App Store of Apple, and booking.com are only a few examples of these MSPs.<sup>16</sup>

---

<sup>14</sup> EVANS, David S., 'Multi-Sided Platforms, Dynamic Competition, and The Assessment of Market Power for Internet-Based Firms', The University of Chicago Coase-Sandor Institute for Law and Economics Working Paper Series, 753, 2016, 6.

<sup>15</sup> GAWER, Anabelle; HENDERSON, Rebecca, 'Platform Owner Entry and Innovation in Complementary Markets: Evidence from Intel', *Journal of Economics & Management Strategy*, 16(1), 2007, 1.

<sup>16</sup> HOLZWEBER, Stefan, 'Market Definition for Multi-Sided Platforms: A Legal Reappraisal', *World Competition*, 40(4), 2017, 563.

There is no one definition which is accepted by all researchers for online MSPs<sup>17</sup>; however, it is accepted by almost everyone that three fundamental features must be present in an online MSP. First, online MSPs create relationships between more than one customer group with different demand structures.<sup>18</sup> These different customer groups have some expectations from this relationship and at the end of it all sides of the platform should have gained the benefits which they had hoped for when they entered this relationship. The other fundamental feature is existence of indirect network effect which can be basically explains like the demand on each side of an online MSP depends on each other. The details of indirect network effect will be explained later in this work. The last feature is the existence of a formation that creates inter-group relationships to indicate the role of online MSPs as an intermediary.

## **2. GENERAL UNDERSTANDING OF THE DIGITAL ECONOMY AND DIGITAL MARKETS**

### **2.1. Why is the Digital Economy Developing Rapidly and Why the Digital Markets are Gaining More Importance?**

The world is shifting into a stage where many daily routines can be held virtually, and this changing process has affected all different aspects of life. The economy is one of these major aspects and digitalisation is now a critical concept for it. In order to thrive in the face of the digitalisation challenge, globalisation has become one of the main aims for the

---

<sup>17</sup> Several different definitions emerged from other research. Generally, each definition has chosen one specific point of the online MSP model to focus on. For example, Rochet and Tirole underlined the price structure inside the relation of the sides of the online MSPs. In the definition by Rysman, the interdependence of the sides of the platforms and its effect were emphasized. Hagiu and Wright focused on the indirect network effect which exists in the relation between the sides of the MSPs in their definition. So, it can be said that many different definitions have been provided for online MSPs. For mor information please see ROCHET, Jean-Charles; TIROLE, Jean, 'Two-Sided Markets: A Progress Report', *The RAND Journal of Economics*, 37(3), 2006, 665; RYSMAN, Marc, 'The Economics of Two-Sided Markets', *Journal of Economic Perspectives*, 23(3), 2009, 126; HAGIU, Andre; WRIGHT, Julian, 'Multisided Platforms', *International Journal of Industrial Organization*, 43, 2015, 163.

<sup>18</sup> Organisation for Economic Co-Operation and Development (OECD), [2009], *Two-Sided Markets*, 29.

economy,<sup>19</sup> and while it is working on all its aims, the new concept of the digital economy continues to develop.

The older generation has all likely experienced the impact of new technology, but the new generation has been born with it. Downloadable music destroyed CDs, online media-service providers are new substitutions of traditional broadcasting, and reading newspapers online has almost replaced reading printed versions. As an exception to all these changes, it was generally agreed by many scholars that e-books would not be able to replace printed books because people prefer to feel the books in their hands.<sup>20</sup> It was expected to see that readers would reject higher prices or access problems of e-books.<sup>21</sup> Printed books allow people to enjoy the content in any place and time they would like. This is an essential factor for people to choose printed books over e-books.<sup>22</sup> Zhang and Kudva's study showed that most people still read only printed books. According to this study, the rate of preference for only printed books was 57.3% while preference for only e-books was only 1.9% of the sample.<sup>23</sup> However, even this market, which displayed so much resistance to change, has signalled that it will succumb to digitisation over time. The statistics for 2013 and 2018 show a more than doubling of sales of e-books from 12.3% to 25.8%.<sup>24</sup> This is yet another indication that the electronic versions of media, culture, entertainment, and many other products will eventually replace their traditional forms. The motivations for this uptrend should be examined. After the analysis of it, some essential

---

<sup>19</sup> STIGLITZ, Joseph E., 'Competition and Competitiveness in a New Economy', *Competition and Competitiveness in a New Economy* Edited by Heinz Handler and Christina Burger, Austrian Federal Ministry for Economic Affairs and Labour, 2002, 15-18.

<sup>20</sup> GOMEZ, Jeff, *Print is Dead: Books in Our Digital Age*, Palgrave Macmillan US, 2008, 176.

<sup>21</sup> WILSON, Tom, 'Electronic Publishing and The Future of The Book', *Information Research*, 3(2), 1997.

<sup>22</sup> ZHANG, Yin; KUDVA, Sonali, 'E-books Versus Print Books: Readers' Choices and Preferences Across Contexts', *Journal of the Association for Information Science and Technology*, 65(8), 2014, 1705.

<sup>23</sup> ZHANG; KUDVA, 1699.

<sup>24</sup> PwC, Website (primaonline.it). n.d. 'E-book Sales as a Percentage of Total Book Sales Worldwide in 2013 and 2018', (2019), <<https://www.statista.com/statistics/234106/e-book-market-share-worldwide/>>, Accessed 10 February 2022.

motivations can be pinpointed easily. Some of them are the popularisation of the internet and all forms of mobile devices, the existence of many trade actors brought together by digital markets, the innovative effects of consumers on products and services, and new jobs/career opportunities in the area.

● **Popularisation of the Internet and All Forms of Mobile Devices:**

Due to the rapid development of the Internet and new technology, the Internet has become an integral part of all facets of life from daily routines to all different professional businesses by giving the opportunity to buy, sell, play and work online to all different actors of trade.<sup>25</sup> The effect of mobile devices on that change also cannot be ignored as these devices and the Internet complement each other and these devices are always needed to get benefit from the Internet. Thus, the biggest motivation of the uptrend of digital markets can be given as the popularisation of the Internet and mobile devices.

● **Existence of Many Trade Actors Brought Together by Digital Markets:** Digital markets allow many different types of trade actors like platforms, sellers, advertisers, consumers etc. to work together and create interoperability between themselves.<sup>26</sup> This interoperability provides an opportunity to gain knowledge about the preferences of different trade actors and especially consumers. This is because in the digital age individual consumers can easily connect to the digital markets with the help of their devices. Even though one of the most precious assets for bricks-and-mortar businesses is their consumers' preferences, it is in fact much more important for businesses in the digital economy.<sup>27</sup> The reason for this is that they have more effective methods and opportunities which their bricks-and-mortar predecessors never had to collect data from consumers. For example, an online hospitality platform such as booking.com or hrs.com can easily identify specific users' holiday plans with the help of their city/country search on their database, but this is more difficult for a physical travel agent. The more data are collected, the more benefits are provided to the businesses by satisfying customers'

---

<sup>25</sup> OECD, *The Digital Economy*, 23.

<sup>26</sup> OECD, *The Digital Economy*, 11.

<sup>27</sup> SHELANSKI, Howard A., 'Information, Innovation and Competition Policy for the Internet', *University of Pennsylvania Law Review*, 161, 2013, 1678.

demands.<sup>28</sup> For that reason, undertakings prefer to be active actors in the digital markets.

● **Innovative Effects of Consumers on Products and Services:** The ability to collect more consumer data than competitors are also useful in some other respects, such as to become informed of customers' innovation requests about digital market tools, applications and online platforms. With the help of these requests, businesses can focus on innovations and development of related digital markets components, as well as strengthen their positions in the eyes of consumers. In the rapidly developing digital environment, consumers know that they are capable of developing new methods in order to have an effect on the decisions of businesses which are trading in digital markets in accordance with their own interests.<sup>29</sup> In relation to this, one of the reasons for the rapid development of the digital economy and digital markets being more preferred by consumers than traditional ones is that consumers play an active role in these. This means they can be more active, and their demands can be better met.

● **New Jobs/Career Opportunities:** The new jobs enabled by digital technologies and the digital economy have only now reached a large proportion of nations and individuals, despite their emergence being predicted for about 30 years. The new economy gives individuals the opportunity to be directly integrated with business life and to set up their own trade channels to connect with other individuals. This type of e-commerce is known as consumer-to-consumer (C2C)<sup>30</sup> and is one of the biggest developments brought by the digital economy.<sup>31</sup> In addition to the new business lines that have emerged from the existence of the digital economy, most of the research has shown that many of the jobs of the future will be linked to digital technology and the digital economy<sup>32</sup>

---

<sup>28</sup> SÖZER, Edin Güçlü; CİVELEK, Mustafa Emre; ÇEMBERCİ, Murat, *Strategic Excellence in Post-Digital Ecosystems: A B2C Perspective*, Zea Books, The University of Nebraska-Lincoln Libraries, 2018, <<https://digitalcommons.unl.edu/zeabook/62>>, Accessed 10 February 2022, 11.

<sup>29</sup> SHELANSKI, 1685.

<sup>30</sup> MOURYA, S. K.; GUPTA, Shalu, *E-Commerce*, Alpha Science International Ltd, Oxford, 2015, 45.

<sup>31</sup> SÖZER; CİVELEK; ÇEMBERCİ, 69-70.

<sup>32</sup> Organisation for Economic Co-Operation and Development (OECD), 'Transformative Technologies and Jobs of the Future', (2018), Background Report for

because it is believed that the digital economy has the potential to enhance productivity, income level, and social well-being. For all these reasons, the digital economy, and issues of relations between its trade actors will continue incrementally to be a problem for society and hence the law.

## 2.2. General Features of Digital Markets

The digital economy is an umbrella term to describe all markets which include e-commerce transactions, all relations between the actors of these markets, and the outcomes of these relations.<sup>33</sup> Within this wide, it is hard to determine a precise definition of digital markets, but at least the general frame of the concept can be formed by listing the general features of digital markets:

- **Generation of Value in the Digital Economy:** The first and most general feature of digital markets can be determined as generating value within the digital economy. In this context, the actors of the market must be part of e-commerce and the relationship between them should be related to the goods or services being transacted via electronic channels.<sup>34</sup>

The generation of economic value in the digital markets includes a payment in exchange for goods or services as is the case with traditional markets. In addition, differently from traditional markets, it can occur through the exchange of data and personal information and its monetisation through another activity.<sup>35</sup> In short, the main feature of digital markets is the generation of value within the e-commerce objective by means of existing and emerging digital technologies with the help of trade actors.

- **The High Level of Utilisation of Technological Devices and the Dependence on Technological Developments:** Business types in digital

---

the Canadian G7 Innovation Ministers' Meeting, < <https://www.oecd.org/innovation/transformational-technologies-and-jobs-of-the-future.pdf>>, Accessed 10 February 2022; WORLD ECONOMIC FORUM, The Future of Jobs Report, (2018), < [http://www3.weforum.org/docs/WEF\\_Future\\_of\\_Jobs\\_2018.pdf](http://www3.weforum.org/docs/WEF_Future_of_Jobs_2018.pdf)> Accessed 10 February 2022.

<sup>33</sup> OECD, The Digital Economy, 5.

<sup>34</sup> EUROPEAN COMMISSION, Expert Group on Taxation of the Digital Economy, Working Paper: Digital Economy – Facts & Figures, (2014), < [https://ec.europa.eu/taxation\\_customs/system/files/2016-09/2014-03-13\\_fact\\_figures.pdf](https://ec.europa.eu/taxation_customs/system/files/2016-09/2014-03-13_fact_figures.pdf)>, Accessed 10 February 2022, 14.

<sup>35</sup> EUROPEAN COMMISSION, Expert Group on Taxation of the Digital Economy, Working Paper: Digital Economy – Facts & Figures, 13.



markets can be diverse, ranging from social networking, online search engines, online retail marketplaces and operating systems to digital application-programming distribution etc. Although many trade commodities obtained through electronic channels, commercial transactions involving physical goods and services can also be conducted in these markets.<sup>36</sup> The Internet and development of, and innovation in, the channels which help actors stay connected with the digital economy and reach consumers is a key aspect of the undertakings that are part of e-commerce. For that reason, digital markets are characterised as including a high level of utilisation of technological devices and the dependence on technological developments.<sup>37</sup>

● **Availability to Create New Trade Actors and New Relations Between Them:** In digital markets, there is a need for a specific intermediary to bring the undertakings which are in the position of the seller and the buyer or other trade actors together, even if there is a relationship related to the sale of a physical product or service online. This intermediary can be a website or a channel that allows entering a mutual engagement.<sup>38</sup>

As explained in the first section, the most important intermediaries emerging on digital markets are online MSPs. Besides that, many sellers have also started to use their webpages to advertise and sell their products and services. All these new digital actors have their own characteristics and effects on the digital economy and international trade as they are one of the most important new environments and growing phenomena for trade.<sup>39</sup>

● **Removing Time and Geographical Barriers to Trade:** Digitalisation has had a meaning in terms of transformation for the society for years. Still, its progress accelerated when undertakings and individuals started to integrate with it under the concept of e-commerce.<sup>40</sup> E-commerce has helped accelerate the progress of digitalisation because it provides a wide radius of action to all trade actors, and for that reason

---

<sup>36</sup> KADAR, Massimiliano, "European Union Competition Law In the Digital Era", *Zeitschrift für Wettbewerbsrecht*, 4, 2015, 346.

<sup>37</sup> SCHMIDT, 3.

<sup>38</sup> KADAR, 346.

<sup>39</sup> EUROPEAN COMMISSION, *A Digital Single Market Strategy for Europe*, 11.

<sup>40</sup> SÖZER; CIVELEK; ÇEMBERCI, 9; BRENNEN; KREISS, 1-11.

removing time and geographical barriers within the concept of trade is one of the most important features of digital markets.

In digital markets, country borders are not a physical barrier to trade actors and there are no working hours within which sales agreements for goods or services provided by firms need to be signed.<sup>41</sup> These developments have exponentially increased the effect of general market factors with improved communications and access to markets. Besides that, these developments also resulted in increasing materials, labour, and distribution. They have enabled greater economies of scale and other efficiencies (theoretically improving product quality) and exposed competitors to global competition.

● **Openness to Network Effects:** A network effect arises as a natural consequence of digital markets' features of the high level of utilisation of technological devices and the dependence on technological developments and their availability to create new trade actors and new relations between them. This is because it is always necessary for trade actors who enter into an agreement via digital channels to be on the same platform, have the same devices or use the same intermediate system. The general issue in this relation is basic, and it is all about the more interactions between all sides of an economic transaction in a digital market.<sup>42</sup>

The network effect can be explained briefly as the situation in which demand is affected by the presence of different trade actors and the interaction between them in digital markets.<sup>43</sup> Network effects can be categorised as either direct or indirect network effects.<sup>44</sup> A direct network effect means the more benefit within the relationship when the more trade

---

<sup>41</sup> EZRACHI, Ariel; STUCKE, Maurice E., *Virtual Competition the Promise and Perils of the Algorithm-Driven Economy*, Harvard University Press, 2016, 1.

<sup>42</sup> EVANS, David S.; SCHMALENSEE, Richard, 'Network Effects: March to the Evidence, Not to the Slogans', *CPI Antitrust Chronicle*, 2017, <<https://www.competitionpolicyinternational.com/wp-content/uploads/2017/09/CPI-Evans-Schmalensee.pdf>>, Accessed 10 February 2022, 1.

<sup>43</sup> SPULBER, Daniel F.; YOO, Christopher S., 'Antitrust, the Internet, and the Economics of Networks', *University of Pennsylvania Law School Institute for Law and Economics Research Paper Series*, 13(36), 2013, 8.

<sup>44</sup> KATZ, Michael L.; SHAPIRO, Carl, 'Network Externalities, Competition, and Compatibility', *The American Economic Review*, 75(3), 1985, 424; SPULBER; YOO, 14; ECONOMIDES, Nicholas, 'Competition Policy in Network Industries: An Introduction', *The Networks, Electronic Commerce, and Telecommunications ("NET") Institute Working Paper Series*, 04(23), 2004, 6.

actors are included there. Indirect network effect means an increase in value when more trade actors of different sides of the platform are included within the relationship.<sup>45</sup> The direct network effect can occur in every relation within digital markets, while the indirect network effect only occurs in online MSPs.

In addition to having a positive impact on the market such as more option and more possible interaction between different trade actors, network effects create some competition problems therein as can be called "stickiness". If a network of the required size is formed, trade actors who were already there do not seek another network. This, of course, implies a monopoly effect on the market and creates an entry barrier for competitors.<sup>46</sup> As a result of moving/growing fast and being attractive to customers, some more customers who are not in that platform or any e-commerce relations would also be willing to be a part of it. After this growth of that undertaking in this digital market, it will dominate the market and possibly would win all profits of the market.<sup>47</sup>

● **The Combination of High Fixed Costs and Low Marginal Costs:** An undertaking has many different costs to gain a place in the market. These costs are effective in understanding the markets' features and the analysing the potential status of the undertakings in the market.

As another general feature of the digital markets; undertakings in digital markets are obliged to make research in advance, develop or set up a network, be connected to the Internet, have all necessary technological devices/software. It means that the digital markets include high fixed costs but in contrast, they include low, almost zero, marginal costs as it is not expensive to produce additional units of the product or to add additional users to the service in these markets.<sup>48</sup>

Since all these costs are needed to enter the market and the possibility of arising continuous innovation costs because of the

---

<sup>45</sup> Case COMP/C-3/37.792, Microsoft, [24.03.2004], C (2004)900 final, para 420-421.

<sup>46</sup> OECD, *The Digital Economy*, 8-9.

<sup>47</sup> EVANS; SCHMALENSEE, 2017, 3-4.

<sup>48</sup> UYTSEL, Steven Van; UEMURA, Yoshiteru, 'Competition Law Interference Prior to the Formation of a Digital Market -The JFTC's Enforcement Action Against DeNA', 2017, Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3086449> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3086449>, 5; KADAR, 347; SCHMIDT, 14.

dynamism of digital markets, fixed costs therein might imply a monopoly effect on the market and create an entry barrier for competitors.<sup>49</sup>

● **Predisposition to ‘Winner-Takes-All’ Effect:** The winner-takes-all effect can be defined as the power of an undertaking on capturing most of the benefits of the markets. In this case, remaining competitors either leave the market or must settle for a little benefit which they received.<sup>50</sup> Digital markets are always open to the ‘winner-takes-all’ effect because of their two main features. First one is the impact of indirect network effect which is used by the dominant undertaking in other words the ‘winner’ undertaking, and the second one is the existence of entry barriers for new undertakings which are created by high fixed costs. In today’s competition among undertakings, the most important power/commercial advantage has become the ability to gather personal data and widen its network.<sup>51</sup> The more data an undertaking has, the stronger the network it will have the potential to create. After that the network it creates will be instrumental in removing other competitors from the market because of the main characteristics of digital markets.

In digital markets, there is always a risk of an undertaking reaching a ‘tipping point’ of the market. If it reaches this point, all other trade actors in that market do not need to connect another network, because they already have the highest chance to find the most beneficial trade partner for them in this one.<sup>52</sup> Besides that point, the fees may have already been paid to the current network or the costs to adapt to another network (switching costs) will also make the actor’s exit from this network inefficient. To sum up, the economies of scale, high switching costs, having related data of consumers, always offering one of the best options of the moment to them and some other reasons lock the consumers in that relation.<sup>53</sup> For that reason, as it was explained by Barwise and Patkins, it can be said that the tipping point acquisition by one of the undertakings

---

<sup>49</sup> HOVENKAMP, Herbert, ‘Antitrust and Information Technologies’, *Florida Law Review*, 68(2), 2017, 428-429; UYTSEL; UEMURA, 5;

<sup>50</sup> ROSEN, Sherwin, ‘The Economics of Superstars’, *The American Economic Review*, 71(5), 1981, 857; EUROPEAN COMMISSION, *Taxation of the Digital Economy*, 10.

<sup>51</sup> HOVENKAMP, 431.

<sup>52</sup> KADAR, 348.

<sup>53</sup> BARWISE, Patrick; WATKINS, Leo, ‘The Evolution of Digital Dominance How and Why We Got to GAFA’, in Martin Moore; Damian Tambini (eds), *Digital Dominance The Power of Google, Amazon, Facebook, and Apple*, Oxford University Press, 2018, 22.

of the market causes monopolisation to become inevitable and causes only the undertaking in question to enjoy the efficiencies in the market.<sup>54</sup>

On the other hand, Evans and Schmalensee explained in their article that the winner-takes-all argument cannot be applied to the platform economy.<sup>55</sup> According to their argument, in digital markets, platform relations force undertakings to serve their goods and services to consumers free of charge, and because of that situation, they have another problematic relation with third parties such as advertisers and investors.<sup>56</sup> They need to gain money by receiving advertisements to their platforms. For example, even they have dominant power in their digital market, they have more competitors in advertising, and they must compete with other undertakings from other digital markets in the advertising market to receive more advertisement.<sup>57</sup> This argument is in some way meaningful, but it is also needed here to think about these dominant undertakings' dominance power on the advertisers in online MSP relationships. They will be willing to place their advertisements in the most popular online MSPs, and it means they must be in relation with dominant undertakings of each digital market. Therefore, all dominant undertakings of each digital market will be the first choice of advertisers, and indirectly they would be the winner in the advertising market among competitors from their digital market too. Competing with other markets' dominant undertakings is not a matter of discussion, because all different markets have their advertisement potential and advertisers should find a way to reach all consumers via different types of online MSPs.

### **2.3. Infrastructure and Digital Market Development**

The general features of digital markets show that digital markets continue to exist with the help of four different bases<sup>58</sup> which can be defined as their infrastructure. These four bases are:

- The Internet;
- Technological Devices;
- Software and;

---

<sup>54</sup> OECD, *The Digital Economy*, 8-9; 141; BARWISE; PATKINS, 30-31.

<sup>55</sup> EVANS, David S.; SCHMALENSSEE, Richard, 'Why Winner-Takes-All Thinking Doesn't Apply to the Platform Economy', *Harvard Business Review*, 2016.

<sup>56</sup> EVANS; SCHMALENSSEE, 2016.

<sup>57</sup> EVANS; SCHMALENSSEE, 2016.

<sup>58</sup> SHELANSKI, 1665-1666.

- Services.

All these basic points affect the existence of digital markets and also lead to rapid change in digital markets over time as they are suitable for rapid development. The Internet is fundamental for digital markets and has also become one of the most vital infrastructures around the world. The Internet has been integrated into human life through technological devices such as smart phones and computers, and all these devices are operated by software such as operating systems, computer systems and programs. The Internet, technological devices and the software that operates these devices come together to produce the services, such as social networks, e-commerce marketplaces and ride sharing, that are used all over the world.<sup>59</sup>

With the help of advances in technology, these four different bases, and hence the digital markets, progress. Compared to traditional markets, digital markets have more dynamic characteristics and for that reason all the dynamics therein can rapidly change and may result in the creation of new practices, needs, problems etc. In these markets where new trends are rapidly emerging, it is inevitable for undertakings to face the need to renew their products and services continuously. Innovation is therefore another key concept to discuss in terms of the status of the digital economy and digital markets in EU competition law.

#### **2.4 Innovation in the Digital Markets and Productivity Gains**

Consumers hold a crucial place in EU competition law and one of the facets of EU competition policy is explained as producing benefits and creating an opportunity to make productivity gains for consumers by providing lower prices, higher quality, rapid innovation and a wider range of opportunity products.<sup>60</sup> It is also the case that the Commission is

---

<sup>59</sup> SHELANSKI, 1665-1666.

<sup>60</sup> EUROPEAN COMMISSION, Guidelines Article 101(3), para 13; EUROPEAN COMMISSION, Guidance on the Commission's Enforcement Priorities in Applying Article 82 of the EC Treaty to Abusive Exclusionary Conduct by Dominant Undertakings, [2009], OJ C 45/02, paras 1, para 5-7; EUROPEAN COMMISSION, DG Competition Discussion Paper on the Application of Article 82 of the Treaty to Exclusionary Abuses, (2005), <<http://ec.europa.eu/competition/antitrust/art82/discpaper2005.pdf>>, Accessed on 10 February 2022, para 4; EUROPEAN COMMISSION, 'Making Markets Work Better', (2016), The European Union Explained: Competition Series, <<https://publications.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/8200c251-aa42-11e6-aab7-01aa75ed71a1>>, Accessed on 10 February 2022, 3; Case C-209, Post

responsible for ensuring that market functions work properly and that all these functions provide opportunities to consumers in terms of productivity gains. All benefits which can be derived from markets and all productivity, which are the result of being a part of a market relation, should be fairly distributed to all consumers.<sup>61</sup>

Innovation is particularly important in publicly accessible markets and thus it has gained more importance in the digital markets. In digital markets, infrastructure does not get built without innovation. All the factors which influence the dynamics of the digital economy should be up to date and cater to the necessities of the time and society. Innovation in digital markets is considered to be the basic condition for delivering better results such as producing better products and offering higher quality to consumers.<sup>62</sup> For these reasons, innovation in digital markets is obligatory and competition law has a responsibility in this area, namely, to support innovation in these markets and take the necessary measures to ensure its development.<sup>63</sup>

Due to the great impact of innovation, it is very rare to encounter a product or service that continuously maintains its presence in digital markets.<sup>64</sup> For example, search engines have always attracted platforms in digital markets and the examples of search engines that started with Archie in 1987 have continued to increase until today. Nowadays, this area is dominated by Google. However, before Google many different platforms, such as Yahoo, MSN, Lycos, Ask Jeeves and Altavista, were also serving many different trade actors. In fact, these are not very old examples. Up until 15 years ago, they were quite popular and more common online platforms.<sup>65</sup> However, both these outmoded search

---

Danmark A/S v Konkurrencerådet, [2012], Judgment of the Court (Grand Chamber), ECLI:EU:C:2012:172, para 22.

<sup>61</sup> EUROPEAN COMMISSION, Guidance Article 82, para 5 and 30.

<sup>62</sup> EUROPEAN COMMISSION, Making Markets Work Better, 3; CLEYNENBREUGEL, Pieter Van, 'Innovation in Competition Law Analysis: Making Sense of On-Going Academic and Policy Debate' in Paul Nihoul; Pieter Van Cleynenbreugel (eds), The Roles of Innovation in Competition Law Analysis, ASCOLA Competition Law Series, Edward Elgar Publishing, 2018, 3.

<sup>63</sup> EZRACHI, 11.

<sup>64</sup> SHELANSKI, 1684.

<sup>65</sup> For the sake of general understanding of the market, in 2004 Google was leading the market in the US; however, the market share was less than 40%, and there was less

engines and Google's state at that time cannot be compared to the services Google currently offers. Besides this major example, MySpace and Friends Reunited were superseded by Facebook, and Last.FM lost its place to Spotify. It is very difficult to predict whether ten years from now the current batch of popular actors in digital markets will still be active. If Facebook does not undertake enough innovation to meet the expectations of the digital age and society, it may lose its dominant position in the market to another platform.

Besides the point about the need for innovation in digital markets in terms of increasing consumer welfare, another important point discussed in relation to competition law is the market power effect of innovation.<sup>66</sup> The network effect that will emerge as a natural result of a successful innovation on the platform or device of an undertaking will have a positive market power effect for the related undertaking. Consequently, this positive effect will bring the possibility of other competitors being pushed out of the market along. On this, the Schumpeterian school of thought posits that the basic point of competition in markets over time will be adapted to technology and innovation instead of price.<sup>67</sup>

As a result, it can be said that innovation, which is already quite effective in digital markets, seems to increase this effect even more over time and will have a more effective position in terms of examining and resolving competition law issues. As it is known, when a competition case

---

than 5% difference between Google and its closest competitor, Yahoo. DATA HUB, 'Search Engine Market Shares', <<https://datahub.io/rufuspollock/search-engine-market-shares/view/0>>, Accessed 10 February 2022.

<sup>66</sup> KATZ, Michael L.; SHELANSKI, Howard A., 'Mergers and Innovation', *Antitrust Law Journal*, 74(1), 2006, 14; CLEYNENBREUGEL, 3-4.

<sup>67</sup> SHELANSKI, 1674-1675; AGHION, Philippe; AKCIGIT, Ufuk, 'Innovation and Growth: The Schumpeterian Perspective' in Laszlo Matyas; Richard Blundell; Estelle Cantillon; Barbara Chizzolini; Luigi Bocconi; Marc Ivaldi; Ramon Marimon; Frode Steen (eds), *Economics without Borders Economic Research for European Policy Challenges*, Cambridge University Press, 2017, 33; KATZ; SHELANSKI, 4-5; CLEYNENBREUGEL, 4. Schumpeterian School is an effective school of thought after the economist Josef Schumpeter. 'Creative Destruction' is supported by them, and it means technology replaces everything that is old. For more information, please see SCHUMPETER, Joseph A., *Capitalism, Socialism & Democracy*, 5th Edition, George Allen & Unwin (Publishers) Ltd, 1943 and ANTONELLI, Cristiano, 'The Economics of Innovation: From the Classical Legacies to the Economics of Complexity', *Economics of Innovation and New Technology*, 18(7), 2009, 619-622.



is examined, it is always started with defining the market and measuring market power based on the market share. It is possible to begin the case analysis by focusing on the competitive effect of innovation and its influence on measuring market power rather than this current beginning of case analysis.<sup>68</sup>

### **3. CURRENT DISCUSSIONS ON THE DIGITAL ECONOMY AND DIGITAL MARKETS IN EU COMPETITION LAW**

The foregoing explanations on the general understanding of the digital economy and digital markets allow all people to understand that the world is moving towards a different trade environment and this change is unstoppable.

The Internet has replaced traditional trade channels and is stretching the boundaries of the market definition, market power and many other aspects of traditional markets and their relation to competition law. The widespread use of the Internet and its popularity sparked the spread of enterprise activities on it and the growth of undertakings involved in these activities. On this point, it is crucial to define and understand the main powerful concepts in digital economy. In order to this aim, it is necessary to look at the current debates in this area and their general impacts on the concept of digital economy.

For all these reasons, in this section some main topics which are related to the digital economy and digital markets will be discussed to better understand the aspects of the digital economy and digital markets. Four main topics, each of which could be the subject of separate huge research, will be explained. Briefly, these are algorithms as production and pricing mechanisms, big data, the DSMS and the discussion on regulation of online MSPs. In this work, the main purpose is to create a general view of the topics rather than offer a large amount of detail.

#### **3.1 Algorithms as Production and Pricing Mechanisms**

Technological developments have a direct impact on the interaction, communication and the way trade are conducted between different trade actors.<sup>69</sup> Technological developments enable undertakings

---

<sup>68</sup> SHELANSKI, 1692.

<sup>69</sup> EZRACHI, Ariel; STUCKE, Maurice E., 'Artificial Intelligence & Collusion: When Computers Inhibit Competition', *University of Illinois Law Review*, 2017(5), 2017, 1778.

to collect data on consumers, competitors, or the market and to store collected data. Besides these, most importantly technological developments allow undertakings to analyse all data they collect and to decide on further steps. One of the most important of these developments is algorithms and their use in production and pricing strategies of products and services.<sup>70</sup>

An algorithm can be defined as a formulation or a procedure to be followed in calculations, problem-solving or any other operations, especially by a computer.<sup>71</sup> Algorithms which can be used in many different areas have given computers the opportunity to use more data at the same time. This opportunity has also given undertakings the opportunity to use algorithms for different practices in digital markets, such as production and pricing strategies, specifically to determine the best product price or production time and unit according to the market conditions. No doubt using algorithms resulting from the evaluation of very different data by computers will provide advantages to undertakings.<sup>72</sup> However, it is needed to be considered whether this complies with Article 101 TFEU and adversely affects competition in the market.

Article 101 TFEU prohibits agreements between companies which prevent, restrict or distort competition in the EU. According to first paragraph of this article, any form of coordination or agreement among rival undertakings causes an anticompetitive situation in the market and for that reason these actions would generate void agreements. All these situations, which include any form of coordination or agreement to achieve profit maximisation and indirectly harm consumers, can be accepted as collusion. Algorithms can bring about many different forms of coordination and this is termed as algorithmic collusion<sup>73</sup>, and Ezrachi and Stucke identify four categories of algorithmic collusion as Messenger,

---

<sup>70</sup> EZRACHI; STUCKE, 2016, Chapter 9.

<sup>71</sup> MEHRA, Salil K., 'De-Humanizing Antitrust: The Rise of the Machines and the Regulation of Competition', Temple University Legal Studies Research Paper Series, 43, 2014, 8-9.

<sup>72</sup> Organisation for Economic Co-Operation and Development (OECD), [2017], Algorithms and Collusion: Competition Policy in the Digital Age, [www.oecd.org/competition/algorithms-collusion-competition-policy-in-the-digital-age.htm](http://www.oecd.org/competition/algorithms-collusion-competition-policy-in-the-digital-age.htm), Accessed 10 February 2022, 18.

<sup>73</sup> EZRACHI; STUCKE, 2017, 1782;

Hub and Spoke, Predictable Agent, and Digital Eye.<sup>74</sup> They consider the evidence of intent and horizontal agreement, and potential liability and reach a solution that all these different categories facilitate conscious parallelism and are not likely to be challenged under current laws.<sup>75</sup> As a result of all these, it can be indicated that algorithms have the potential to be used as a facilitating factor for collusion, such as by monitoring competitors and their behaviours without any human interaction, and can cause some anticompetitive results in the market as happened in 2011 for the selling price of the book 'Making of a Fly' was offered on Amazon. Two sellers of this book used pricing algorithms to set their price for this book on Amazon, and without their interaction, their prices for the same book started to increase simultaneously. At the end of ten days, the consumers needed to pay million dollars to buy this book.

Algorithms are becoming increasingly important, especially on online MSPs because they present a structure that will have a positive effect on the relationship between the parties of the platform. Platforms can collect data from the sides and can offer them better options based on their preferences. They can also decide prices based on their situation and match different trade actors with each other.<sup>76</sup> Although all these situations appear to be positive for the platform, and partly for its users, it is likely to adversely affect the competition in the market and cause possible competition law enforcement challenges.

### **3.2 Big Data: Using Consumer Data for Commercial Purposes**

Another main issue which EU competition law is concerned with is the collection, processing, and use of consumers' data. Big data is generally defined as 'the use of large-scale computing power and technologically advanced software in order to collect, process and analyse data characterised by a large volume, velocity, variety and value'.<sup>77</sup>

---

<sup>74</sup> EZRACHI; STUCKE, 2017, 1782.

<sup>75</sup> For further detail on these four categories of algorithmic collusion, please see EZRACHI; STUCKE, 2016, Part II.

<sup>76</sup> VEZZOSO, Simonetta, 'Competition by Design', Stockholm Faculty of Law Research Paper Series, 2017, 3.

<sup>77</sup> Organisation for Economic Co-Operation and Development (OECD), [2017], Big Data: Bringing Competition Policy to the Digital Era, < [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/M\(2016\)2/ANN4/FINAL/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/M(2016)2/ANN4/FINAL/en/pdf)>, Accessed 10 February 2022, 2;

Having such data provides strategic advantages for undertakings and is therefore very important. This situation has become controversial because global trade has begun to depend on these data and the process is rapidly changing.<sup>78</sup>

Big data has become an indispensable asset for undertakings when they commence a new business, and it is accepted as a currency of the digital economy.<sup>79</sup> It helps undertakings to improve their decision-making process and achieve more beneficial results. For example, with its help undertakings can directly focus on their consumers' needs and preferences and provide better options to them or they can increase their level of innovation. In short, big data helps undertakings have a more efficient production process. In addition, having more data and being able to analyse and use it give undertakings an advantage against their competitors in the market.<sup>80</sup>

The drawbacks of big data are numerous and include threats to competition, such as anticompetitive agreements, the unfair gaining and abuse of market power, effects on merger control and innovation decision-making process, and threats to privacy issues and consumer protection.<sup>81</sup>

Big data, and especially consumers' data, are gathered by undertakings that are part of digital markets and that provide digital services. In overcoming the main issue, which is where to obtain these data, the most suitable environment that comes to mind is social media and search engines, i.e. online MSPs.<sup>82</sup> It is obvious that Google as a search engine and Facebook as a social media platform are really powerful, and with the help of the data they have, they have very broad network and they cause entry barriers for the other undertakings that want to join the

---

PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos, 'Digital Economy, Big Data and Competition Law', *Market and Competition Law Review*, 3(1), 2019, 55-56.

<sup>78</sup> GIANNACCARI, Andrea, 'The Big Data Competition Story: Theoretical Approaches and the First Enforcement Cases', *European University Institute Working Papers*, 10, 2018, 1.

<sup>79</sup> GIANNACCARI, 1-2.

<sup>80</sup> PFEIFFER, 59.

<sup>81</sup> OECD, *Big Data*, 3.

<sup>82</sup> BURRI, Mira, 'Understanding the Implications of Big Data and Big Data Analytics for Competition Law', (2019), *New Developments in Competition Law and Economics* Edited by Klaus Mathis and Avishalom Tor, Springer International Publishing, 2019, 248.

market. It is not easy to control and displace them when there is such power in their hands.<sup>83</sup> For this reason, online MSPs and the practices which can be created through them by using big data can be harmful to consumers and affect competition in the market.

Although big data has some benefits to market relations, consumers and undertakings, it also adversely affects competition in the market and causes potential competition law enforcement challenges.<sup>84</sup> As mentioned earlier, the increase in computer-based operations such as algorithms, big data, artificial intelligence etc which are part of the digital economy and which have negative competitive effects in digital markets can change the traditional market understanding and confidence in existing EU competition rules.<sup>85</sup> All practices that have the potential to produce results such as high prices, low quality, fewer options and slower innovation, which are contrary to consumer welfare, should be defined as a problem by EU competition law<sup>86</sup> and all of them need more detailed review under EU competition law.

### **3.3 A Connected European Digital Single Market**

E-commerce has a crucial role in the EU economy, and it has been continuing growing at impressive rates for years and it is obvious that the new global economy is under the influence of digitalisation. This ongoing growth also brings about a change and leads to new problems and competition law issues such as algorithm, big data, artificial intelligence etc. New strategies and approaches should be developed to solve the problems that have emerged out of e-commerce and to keep up with digital economy and the new system it brought. The Digital Single Market is one of these strategies and belongs to the European Single Market which was issued by the EC in 2015. This area is another important

---

<sup>83</sup> KERBER, Wolfgang, 'Digital Markets, Data, and Privacy: Competition Law, Consumer Law, and Data Protection', Joint Discussion Paper Series in Economics by the Universities of Aachen, Gießen, Göttingen, Kassel, Marburg and Siegen, 14, 2016, 8.

<sup>84</sup> BURRI, 248-249.

<sup>85</sup> EZRACHI; STUCKE, 2017, 1808-1809.

<sup>86</sup> COLAPS, Anna, 'Big Data: Is EU Competition Law Ripe Enough to Meet the Challenge?', 60 Years of EU Competition Law: Stocktaking and Future Prospects Edited by Roberto Mastroianni and Amedeo Arena, Editoriale Scientifica, Napoli, 2017, 43.

discussion of the digital economy/digital markets in EU competition law which requires attention.

The policy of the Digital Single Market can be defined as:

[...] one in which the free movement of goods, persons, services and capital is ensured and where individuals and businesses can seamlessly access and exercise online activities under conditions of fair competition, and a high level of consumer and personal data protection, irrespective of their nationality or place of residence.<sup>87</sup>

The DSMS pursues three fundamental aims. The first one is breaking down all the barriers in front of the trade actors who want to have a role in the digital economy and providing better access for all of them to reach all online goods and services across the Member States. The second aim is about civil enforcement and focuses on creating a suitable environment for trade of digital goods and services. It includes serving fundamental facilities and systems, a market controlled by fair and inclusive rules and a level playing field. The last one is being able to demonstrate productive results for every actor involved in the European Digital Single Market and being the world leader in the digital sector.<sup>88</sup>

There are many basic concepts underlying this strategy such as cross-border e-commerce rules, unjustified geo-blocking, copyright provisions, rights to use data, and the tax treatment of certain e-services. All these concepts must be revealed so that a consistent solution can be found in accordance with the digital economy. Among all these very debatable and new issues, the EC has emphasised the role of platforms in the digital economy and the DSMS.<sup>89</sup> A communication from the

---

<sup>87</sup> EUROPEAN COMMISSION, *A Digital Single Market Strategy for Europe*, 3.

<sup>88</sup> EUROPEAN COMMISSION, *A Digital Single Market Strategy for Europe*, 3-4; ERIXON, Fredrik; LAMPRECHT, Philipp, 'The Next Steps for the Digital Single Market: From Where do We Start?', *European Centre for International Political Economy (ECIPE) Policy Brief*, 2/2018, 2018, [https://ecipe.org/wp-content/uploads/2018/10/ECL\\_18\\_5F\\_TheNextStepsfortheDigital\\_2-2018\\_03.pdf](https://ecipe.org/wp-content/uploads/2018/10/ECL_18_5F_TheNextStepsfortheDigital_2-2018_03.pdf), Accessed 10 February 2022, 3-5; FROSIO, Giancarlo F., 'Reforming Intermediary Liability in the Platform Economy: A European Digital Single Market Strategy', *Northwestern University Law Review*, 112(251), 2017, 21-23.

<sup>89</sup> EUROPEAN COMMISSION, 'Online Platforms and the Digital Single Market Opportunities and Challenges for Europe', COM (2016), 288 final, < <https://eur->

Commission on the subjects of online platforms and the DSMS<sup>90</sup> shows that the Commission acknowledges the importance of platforms in the digital economy because they have the potential for facilitating more benefits to all trade actors of the digital economy due to their characteristics, are able to enhance consumer welfare standards and can act as a bridge between consumers and undertakings.<sup>91</sup>

### **3.4 The Focus of All These Discussions: Regulating Online Multi Sided Platforms Markets**

The internet and all different digital technologies and devices have an impact on transforming of the life the digital economy leads. The undertakings are more willing to adopt platform businesses to be integrated into this new and transforming life.

As emphasised in the previous sections and explained by the EC, online platforms are one of the most crucial key concepts of the digital economy. It is reasonable to argue that all current discussions of the digital economy and digital markets in EU competition law are in some way related to online MSPs.

The undertakings which desire to collect data on consumers, competitors, and the market, to store collected data and, most importantly, to analyse all data collected and to decide on their further steps in terms of using algorithms for process of production and pricing decisions need online MSPs. Consumers are the essential sides of the platform relations, and this is the easiest way to reach them and learn about their characteristics and preferences. This means that the most significant intermediaries in the emergence of the big data concept are online MSPs. The EU DSMS aims to offer an extensive play area to European trade actors and become one of the most valuable environments in the world for e-commerce, and online MSPs have a crucial role and responsibility in this strategy.<sup>92</sup> Hence, it would not be wrong to say that

---

[lex.europa.eu/legalcontent/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52016DC0288&from=EN](https://eur-lex.europa.eu/legalcontent/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52016DC0288&from=EN), Accessed 10 February 2022, 2-3.

<sup>90</sup> EUROPEAN COMMISSION, *Online Platforms and the Digital Single Market Opportunities and Challenges for Europe*.

<sup>91</sup> EUROPEAN COMMISSION, *Online Platforms and the Digital Single Market Opportunities and Challenges for Europe*, 3.

<sup>92</sup> FROSIO, 24.

the effects of the digital economy, emerging technological developments and innovations are taken to markets through online MSPs.

Digitalisation of the activities and the existence of the online MSPs in almost all daily routines of the consumers creates many benefits for all actors in trade; however, at the same time this transformation creates new problems for consumers, undertakings, and competition authorities. One of the problems because of this transformation is appearing tech giants in most digital markets. For instance, it can be said that Google, Amazon, Apple, or Microsoft are in lead in their markets, and it is hard for their competitors to be in the same market.

At that point, Article 102 of the TFEU can take place for these tech giants as it aims preventing undertakings who hold a dominant position in their markets from abusing their powerful position; however, EU competition law enforcement needed to be adapted to the challenges which were created by the new dynamics of the digital economy and digital markets.<sup>93</sup> For that reason, a discussion of need for setting new competition rules and tools which focus on the behaviour and practices of tech giants in the online MSP markets have been started for a little while. It is believed that specific rules and tools are needed to control the behaviour of some online MSPs which have strong incentives to engage in anticompetitive results. This scope is not just for the undertakings who hold a dominant position. For tech giants a broader concept has been planned to be come through.<sup>94</sup>

As a result of these ongoing discussions, a regulation which focuses on fairness and contestability in digital markets were released in December 2020.<sup>95</sup> The DMA recognizes that gatekeepers (Some large

---

<sup>93</sup> CRÉMER; Jacques; DE MONTJOYE, Yves-Alexandre; SCHWEITZER, Heike, 'Competition Policy for the Digital Era Final Report', Publications Office of the European Union, (2019), < <https://ec.europa.eu/competition/publications/reports/kd0419345enn.pdf>>, Accessed 10 February 2022, 69.

<sup>94</sup> CRÉMER; DE MONTJOYE; SCHWEITZER, 37.

<sup>95</sup> The DMA can be defined as ex-ante sector-specific regulation, resulting from the EC's many experiences in the digital economy over the years. The main aims of the DMA are to have fair economic outcomes in the digital markets and provide contestability between the undertakings present therein. For this aim, the DMA attempts to emphasise the negative consequences of the rise of some undertakings, which are seen as gatekeepers in the digital economy and it attempts to list certain practices of gatekeepers that have been already assessed as per se harmful and avoid from them. For further and detailed information regarding DMA, please see CHIRICO,



online MSPs) retain market power over essential platform services due to incumbent advantages or anticompetitive actions, thus it attempts to highlight the detrimental effects of the rise of particular undertakings that are perceived as gatekeepers in the digital economy. This approach and releasing a sector specific regulation proves how crucial the position of online MSPs in the current issues of EU competition law.

To sum up, it can be said that online MSPs occupy a key position in all these current discussions on the digital economy/digital markets in EU competition law as the regulatory issues are directly related to online MSPs.

## CONCLUSION

This study has attempted to explain some of the main issues of digital economy and digital markets in EU competition law. It did so by first defining online MSPs and introducing the general current issues of digital economy. After that it continued with fundamental characteristics of digital markets, the infrastructure of digital market, the importance of innovation therein and finalise with indicating current discussions on digital economy/digital market in EU competition law.

In this article, two main results can be reached. The first one is that although digital economy seems to have positive effects in general, it has both positive and negative effects in terms of all different trade actors therein. It has advantages in terms of the network effect as a create an ability to reach many different types of trade actors and connect to them, interoperability, diversity of products and services, easy connection and lower search costs. In contrast, in terms of personal privacy, the results of network effects and winner-takes-all notion, and the threat of individual price differentiation, digital markets have some disadvantages.

The second one is understanding the key position of online MSPs in current discussions on the digital economy and digital markets in EU competition law. Collection of consumer data, store and analyse them is a process that can occur through online MSPs. They are the fundamental trade actor of digital markets, and the effects of the digital economy, emerging technological developments and innovations are taken to markets through online MSPs.

## REFERENCES

- AGHION, Philippe; AKCIGIT, Ufuk**, 'Innovation and Growth: The Schumpeterian Perspective' in Laszlo Matyas; Richard Blundell; Estelle Cantillon; Barbara Chizzolini; Luigi Bocconi; Marc Ivaldi; Ramon Marimon; Frode Steen (eds), *Economics without Borders Economic Research for European Policy Challenges*, Cambridge University Press, 2017.
- ANTONELLI, Cristiano**, 'The Economics of Innovation: From the Classical Legacies to the Economics of Complexity', *Economics of Innovation and New Technology*, 18(7), 2009.
- BARWISE, Patrick; WATKINS, Leo**, 'The Evolution of Digital Dominance How and Why We Got to GAFA', in Martin Moore; Damian Tambini (eds), *Digital Dominance The Power of Google, Amazon, Facebook, and Apple*, Oxford University Press, 2018.
- BRENNEN, J. Scott; KREISS, Daniel**, 'Digitalization' in Klaus Bruhn Jensen; Robert T. Craig (eds), *The Wiley Blackwell-ICA International Encyclopedia of Communication Theory and Philosophy*, John Wiley & Sons, 2016.
- BUDZINSKI, Oliver; STÖHR, Annika**, 'Competition Policy Reform in Europe and Germany – Institutional Change in the Light of Digitization', *Ilmenau University of Technology Institute of Economics Ilmenau Economics Discussion Papers*, 24(117), 2018.
- BURRI, Mira**, 'Understanding the Implications of Big Data and Big Data Analytics for Competition Law', (2019), *New Developments in Competition Law and Economics* Edited by Klaus Mathis and Avishalom Tor, Springer International Publishing, 2019.
- Case IV/M.1069**, WorldCom/MCI, [1998], OJ L 116/1.
- Case COMP/M.1741**, MCI WorldCom/Sprint, [2000], OJ L 300/1.
- Case COMP/C-3/37.792**, Microsoft, [24.03.2004], C(2004)900 final.
- Case C-209**, Post Danmark A/S v Konkurrencerådet, [2012], Judgment of the Court (Grand Chamber), ECLI:EU:C:2012:172.
- CHIRICO, Filomena**, 'Digital Markets Act: A Regulatory Perspective', *Journal of European Competition Law & Practice*, 12(7), 2021.
- CLEYNENBREUGEL, Pieter Van**, 'Innovation in Competition Law Analysis: Making Sense of On-Going Academic and Policy Debate' in Paul Nihoul; Pieter Van Cleynenbreugel (eds), *The Roles of Innovation in Competition Law Analysis*, ASCOLA Competition Law Series, Edward Elgar Publishing, 2018.

**COLAPS, Anna**, 'Big Data: Is EU Competition Law Ripe Enough to Meet the Challenge?', 60 Years of EU Competition Law: Stocktaking and Future Prospects Edited by Roberto Mastroianni and Amedeo Arena, Editoriale Scientifica, Napoli, 2017.

**CRÉMER; Jacques; DE MONTJOYE, Yves-Alexandre; SCHWEITZER, Heike**, 'Competition Policy for the Digital Era Final Report', Publications Office of the European Union, (2019), <<https://ec.europa.eu/competition/publications/reports/kd0419345enn.pdf>>, Accessed 10 February 2022

**DATA HUB**, 'Search Engine Market Shares', <<https://datahub.io/rufuspollock/search-engine-market-shares/view/0>>, Accessed 10 February 2022.

**ECONOMIDES, Nicholas**, 'Competition Policy in Network Industries: An Introduction', The Networks, Electronic Commerce, and Telecommunications ("NET") Institute Working Paper Series, 04(23), 2004.

**ERIXON, Fredrik; LAMPRECHT, Philipp**, 'The Next Steps for the Digital Single Market: From Where do We Start?', European Centre for International Political Economy (ECIPE) Policy Brief, 2/2018, 2018, [https://ecipe.org/wp-content/uploads/2018/10/ECI\\_18\\_5F\\_TheNextStepsfortheDigital\\_2-2018\\_03.pdf](https://ecipe.org/wp-content/uploads/2018/10/ECI_18_5F_TheNextStepsfortheDigital_2-2018_03.pdf), Accessed 10 February 2022.

**EUROPEAN COMMISSION**, Guidance on the Commission's Enforcement Priorities in Applying Article 82 of the EC Treaty to Abusive Exclusionary Conduct by Dominant Undertakings, [2009], OJ C 45/02, paras 1, para 5-7; EUROPEAN COMMISSION, DG Competition Discussion Paper on the Application of Article 82 of the Treaty to Exclusionary Abuses, (2005), <<http://ec.europa.eu/competition/antitrust/art82/discpaper2005.pdf>>, Accessed on 10 February 2022.

**EUROPEAN COMMISSION**, 'A Digital Single Market Strategy for Europe', COM(2015), 192 final, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52015DC0192&from=EN>, Accessed 10 February 2022.

**EUROPEAN COMMISSION**, Expert Group on Taxation of the Digital Economy, Working Paper: Digital Economy – Facts & Figures, (2014), <

- [https://ec.europa.eu/taxation\\_customs/system/files/2016-09/2014-03-13\\_fact\\_figures.pdf](https://ec.europa.eu/taxation_customs/system/files/2016-09/2014-03-13_fact_figures.pdf) >, Accessed 10 February 2022.
- EUROPEAN COMMISSION**, 'Making Markets Work Better', (2016), The European Union Explained: Competition Series, < <https://publications.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/8200c251-aa42-11e6-aab7-01aa75ed71a1>>, Accessed on 10 February 2022.
- EUROPEAN COMMISSION**, 'Online Platforms and the Digital Single Market Opportunities and Challenges for Europe', COM(2016), 288 final, < <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52016DC0288&from=EN>>, Accessed 10 February 2022.
- EVANS, David S.**, 'Multi-Sided Platforms, Dynamic Competition, and The Assessment of Market Power for Internet-Based Firms', The University of Chicago Coase-Sandor Institute for Law and Economics Working Paper Series, 753, 2016.
- EVANS, David S.; SCHMALENSSEE, Richard**, 'Why Winner-Takes-All Thinking Doesn't Apply to the Platform Economy', Harvard Business Review, 2016.
- EVANS, David S.; SCHMALENSSEE, Richard**, 'Network Effects: March to the Evidence, Not to the Slogans', CPI Antitrust Chronicle, 2017, < <https://www.competitionpolicyinternational.com/wp-content/uploads/2017/09/CPI-Evans-Schmalensee.pdf>>, Accessed 10 February 2022.
- EZRACHI, Ariel**, 'EU Competition Law Goals and the Digital Economy', Oxford Legal Studies Research Paper Series, 17/2018, 2018.
- EZRACHI, Ariel; STUCKE, Maurice E.**, Virtual Competition the Promise and Perils of the Algorithm-Driven Economy, Harvard University Press, 2016.
- EZRACHI, Ariel; STUCKE, Maurice E.**, 'Artificial Intelligence & Collusion: When Computers Inhibit Competition', University of Illinois Law Review, 2017(5), 2017.
- FROSIO, Giancarlo F.**, 'Reforming Intermediary Liability in the Platform Economy: A European Digital Single Market Strategy', Northwestern University Law Review, 112(251), 2017.
- GAWER, Anabelle; HENDERSON, Rebecca**, 'Platform Owner Entry and Innovation in Complementary Markets: Evidence from Intel', Journal of Economics & Management Strategy, 16(1), 2007.

- Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB)**, [26.08.1998], available at <http://www.gesetze-im-internet.de/gwb/GWB.pdf>, for English version is available at [https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/EN/Others/GWB.pdf?\\_\\_blob=publicationFile&v=6](https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/EN/Others/GWB.pdf?__blob=publicationFile&v=6), Accessed 10 February 2022.
- GIANNACCARI, Andrea**, 'The Big Data Competition Story: Theoretical Approaches and the First Enforcement Cases', European University Institute Working Papers, 10, 2018.
- GOMEZ, Jeff**, *Print is Dead: Books in Our Digital Age*, Palgrave Macmillan US, 2008.
- HAGIU, Andre; WRIGHT, Julian**, 'Multisided Platforms', *International Journal of Industrial Organization*, 43, 2015.
- HOLZWEBER, Stefan**, 'Market Definition for Multi-Sided Platforms: A Legal Reappraisal', *World Competition*, 40(4), 2017, 563.
- HOVENKAMP, Herbert**, 'Antitrust and Information Technologies', *Florida Law Review*, 68(2), 2017.
- KADAR, Massimiliano**, "European Union Competition Law In the Digital Era", *Zeitschrift für Wettbewerbsrecht*, 4, 2015.
- KATZ, Michael L.; SHAPIRO, Carl**, 'Network Externalities, Competition, and Compatibility', *The American Economic Review*, 75(3), 1985.
- KATZ, Michael L.; SHELANSKI, Howard A.**, 'Mergers and Innovation', *Antitrust Law Journal*, 74(1), 2006.
- KERBER, Wolfgang**, 'Digital Markets, Data, and Privacy: Competition Law, Consumer Law, and Data Protection', Joint Discussion Paper Series in Economics by the Universities of Aachen, Gießen, Göttingen, Kassel, Marburg and Siegen, 14, 2016.
- MEHRA, Salil K.**, 'De-Humanizing Antitrust: The Rise of the Machines and the Regulation of Competition', Temple University Legal Studies Research Paper Series, 43, 2014.
- MOURYA, S. K.; GUPTA, Shalu**, *E-Commerce*, Alpha Science International Ltd, Oxford, 2015.
- Organisation for Economic Co-Operation and Development (OECD)**, [2000], *Competition Issues in Electronic Commerce*.
- Organisation for Economic Co-Operation and Development (OECD)**, [2009], *Two-Sided Markets*.

**Organisation for Economic Co-Operation and Development (OECD)**, [2012], *The Digital Economy*.

**Organisation for Economic Co-Operation and Development (OECD)**, [2017], *Algorithms and Collusion: Competition Policy in the Digital Age*, [www.oecd.org/competition/algorithms-collusion-competition-policy-in-the-digital-age.htm](http://www.oecd.org/competition/algorithms-collusion-competition-policy-in-the-digital-age.htm), Accessed 10 February 2022.

**Organisation for Economic Co-Operation and Development (OECD)**, [2017], *Big Data: Bringing Competition Policy to the Digital Era*, < [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/M\(2016\)2/ANN4/FINAL/en/pdf/](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/M(2016)2/ANN4/FINAL/en/pdf/)>, Accessed 10 February 2022,

**Organisation for Economic Co-Operation and Development (OECD)**, [2018], *Implications of E-commerce for Competition Policy - Background Note*, DAF/COMP(2018)3.

**Organisation for Economic Co-Operation and Development (OECD)**, 'Transformative Technologies and Jobs of the Future', (2018), *Background Report for the Canadian G7 Innovation Ministers' Meeting*, < <https://www.oecd.org/innovation/transformative-technologies-and-jobs-of-the-future.pdf>>, Accessed 10 February 2022.

**Organisation for Economic Co-Operation and Development (OECD)**, [2019], *Implications of E-commerce for Competition Policy - Background Note*, DAF/COMP(2018)3.

**PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos**, 'Digital Economy, Big Data and Competition Law', *Market and Competition Law Review*, 3(1), 2019.

**PwC**, Website ([primaonline.it](http://primaonline.it)). n.d. 'E-book Sales as a Percentage of Total Book Sales Worldwide in 2013 and 2018', (2019), <<https://www.statista.com/statistics/234106/e-book-market-share-worldwide/>>, Accessed 10 February 2022.

**ROCHET, Jean-Charles; TIROLE, Jean**, 'Two-Sided Markets: A Progress Report', *The RAND Journal of Economics*, 37(3), 2006.

**ROSEN, Sherwin**, 'The Economics of Superstars', *The American Economic Review*, 71(5), 1981.

**RYSMAN, Marc**, 'The Economics of Two-Sided Markets', *Journal of Economic Perspectives*, 23(3), 2009.

- SCHMIDT, Hedwig K.**, 'Taming the Shrew: There's No Need for a New Market Power Definition for the Digital Economy', Stockholm Faculty of Law Research Paper Series, 17, 2017.
- SCHUMPETER, Joseph A.**, *Capitalism, Socialism & Democracy*, 5th Edition, George Allen & Unwin (Publishers) Ltd, 1943.
- SCHWEITZER, Heike; HAUCAP, Justus; KERBER, Wolfgang; WELKER, Robert**, 'Modernisierung der Missbrauchsaufsicht für marktmächtige Unternehmen', Projekt im Auftrag des Bundesministeriums für Wirtschaft und Energie (BMWi), 66(17), 2018, 5-20, <[https://www.bmwi.de/Redaktion/DE/Publikationen/Wirtschaft/modernisierung-der-missbrauchsaufsicht-fuer-marktmaechtige-unternehmen.pdf?\\_\\_blob=publicationFile&v=15](https://www.bmwi.de/Redaktion/DE/Publikationen/Wirtschaft/modernisierung-der-missbrauchsaufsicht-fuer-marktmaechtige-unternehmen.pdf?__blob=publicationFile&v=15)>, Accessed 10 February 2022.
- SHELANSKI, Howard A.**, 'Information, Innovation and Competition Policy for the Internet', *University of Pennsylvania Law Review*, 161, 2013.
- SÖZER, Edin Güçlü; CİVELEK, Mustafa Emre; ÇEMBERCİ, Murat**, *Strategic Excellence in Post-Digital Ecosystems: A B2C Perspective*, Zea Books, The University of Nebraska–Lincoln Libraries, 2018, <<https://digitalcommons.unl.edu/zeabook/62>>, Accessed 10 February 2022.
- SPULBER, Daniel F.; YOO, Christopher S.**, 'Antitrust, the Internet, and the Economics of Networks', *University of Pennsylvania Law School Institute for Law and Economics Research Paper Series*, 13(36), 2013.
- STIGLITZ, Joseph E.**, 'Competition and Competitiveness in a New Economy', *Competition and Competitiveness in a New Economy* Edited by Heinz Handler and Christina Burger, Austrian Federal Ministry for Economic Affairs and Labour, 2002.
- UYTSEL, Steven Van; UEMURA, Yoshiteru**, 'Competition Law Interference Prior to the Formation of a Digital Market -The JFTC's Enforcement Action Against DeNA', 2017, Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3086449> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3086449>.
- VEZZOSO, Simonetta**, 'Competition by Design', Stockholm Faculty of Law Research Paper Series, 2017.

**WHISH, Richard; BAILEY, David**, *Competition Law*, 9th Edition, Oxford University Press, 2018.

**WILSON, Tom**, 'Electronic Publishing and The Future of The Book', *Information Research*, 3(2), 1997.

**WORLD ECONOMIC FORUM**, *The Future of Jobs Report*, (2018), <  
[http://www3.weforum.org/docs/WEF\\_Future\\_of\\_Jobs\\_2018.pdf](http://www3.weforum.org/docs/WEF_Future_of_Jobs_2018.pdf)  
> Accessed 10 February 2022.

**ZHANG, Yin; KUDVA, Sonali**, 'E-books Versus Print Books: Readers' Choices and Preferences Across Contexts', *Journal of the Association for Information Science and Technology*, 65(8), 2014.



## DISPUTE SETTLEMENT IN THE FREE TRADE AGREEMENTS OF TURKEY

Mustafa GÖKER, PhD\*

### Abstract

The order of World Trade Organization (WTO), which deals with international trade at the global level, allows the handling of trade also at the regional level under certain conditions. In this context, regional trade agreements (RTA) have been signed and this trend continues. Such treaties have been named differently whereas they have essentially same functions. On the other hand, while there is an advanced dispute settlement mechanism within the WTO, similar mechanisms are also included in RTAs. Like other WTO members, Turkey has concluded bilateral RTAs in the form of Free Trade Agreement (FTA), which include dispute resolution provisions. In the design of these settlement mechanisms, a place in the spectrum of political/diplomatic and legal character has been adopted with varying weights. Although the dispute settlement mechanisms of FTAs have more advanced provisions in recent years compared to previous ones, there are still examples where important deficiencies and gaps are noticeable.

### Key Words

International Trade • World Trade Organization • Regional Trade Agreements  
• Free Trade Agreements of Turkey • Dispute Settlement

\* Uzman, Ticaret Bakanlığı, Ankara, Türkiye | Senior Expert on International Trade, Turkish Ministry of Trade, Ankara, Turkey.

✉ mustafa7goker@yahoo.com • ORCID 0000-0002-7853-5887

The views in this study belong to the author himself and do not reflect the opinion of the institution he works for.

✎ **Atıf Şekli** | **Cite As:** GÖKER Mustafa, "Dispute Settlement in the Free Trade Agreements of Turkey", *SÜHFD.*, C. 30, S. 4, 2022, s. 1969-2004.

✎ **İntihal** | **Plagiarism:** Bu makale intihal programında taranmış ve en az iki hakem incelemesinden geçmiştir. | This article has been scanned via a plagiarism software and reviewed by at least two referees.

✎ Bu eser Creative Commons Atıf-GayriTicari 4.0 Uluslararası Lisansı ile lisanslanmıştır. | This work is licensed under Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License.

## TÜRKİYE'NİN SERBEST TİCARET ANTLAŞMALARINDA ANLAŞMAZLIKLARIN HALLİ

### Öz

Uluslararası ticareti küresel düzeyde ele alan Dünya Ticaret Örgütü (DTÖ) düzeni, ticaretin bölgesel düzeyde de ele alınmasına belirli şartlar altında izin vermektedir. Bu kapsamda çok sayıda bölgesel ticaret antlaşması (BTA) hayata geçirilmiştir ve bu eğilim sürmektedir. Özünde işlevi aynı olan bu tür antlaşmalar farklı şekillerde adlandırılmıştır. Diğer taraftan, hâlihazırda DTÖ bünyesinde ileri düzey bir anlaşmazlıkların halli mekanizması mevcut iken BTA'larda da benzer mekanizmalara yer verilmiştir. Diğer DTÖ üyeleri gibi Türkiye de, BTA'lar akdetmiştir. Bu kapsamda gerçekleştirilen ikili Serbest Ticaret Antlaşmaları (STA)'nda anlaşmazlık çözüm hükümlerine yer verilmiştir. Bu mekanizmaların tasarımında değişen ağırlıklarda siyasal/diplomatik karakter ile hukuksal karakter arasında bir yer benimsenmiştir. Mekanizmalar son yıllarda önceki yıllara göre daha ileri hükümler içerse de, önemli eksiklikler ve boşlukların göze çarptığı örnekler hala mevcut bulunmaktadır.

### Anahtar Kelimeler

Uluslararası Ticaret • Dünya Ticaret Örgütü • Bölgesel Ticaret Antlaşmaları • Türkiye'nin Serbest Ticaret Antlaşmaları • Anlaşmazlıkların Halli

### INTRODUCTION

The WTO system allows the handling of trade at the regional level under certain conditions, in addition to the universal rules within its own body. GATT Article XXIV.5 regulates the conditions for establishing customs unions or free trade areas<sup>1</sup> by some of the Contracting Parties among themselves.

The WTO has a dispute settlement mechanism to handle disputes among member states arising from the interpretation and application of WTO treaties. On the other hand, most, if not all, regional trade

---

<sup>1</sup> Concepts such as customs union, free trade area, regional trade agreements, free trade agreements all are different expressions of economic and commercial integration. Although there are differences, they essentially fall under the general concept of "preferential trade regimes". The differences among them do not need to be dwelled upon as they are essentially of no practical value for our study. The concept of "Free Trade Agreement (FTA)" is mainly preferred for the formations of this kind that Turkey has made with third countries at the bilateral level, which constitute the scope of this study. The existing customs union with the EU is excluded from the scope.

agreements (RTAs) include a dispute resolution mechanism. Turkey, like many other WTO members, has concluded bilateral free trade agreements (FTA) with third countries, comprising various dispute settlement procedures. The scope and nature of those mechanisms, their relations with each other and with that of WTO, and the law to be applied in a dispute all appear as issues worth discussing.

In the literature review, I have not come across any study dealing with dispute resolution mechanisms in Turkey's FTAs. Thus, I aim, with this study, to contribute to the elimination of this deficiency in the literature. In this context, I will discuss the classification, scope and nature of the dispute settlement mechanisms in Turkey's FTAs, the general legal framework of possible relations with other settlement mechanisms, and the legal rules that can be applied in the resolution of disputes.

In this framework, in the first part, I will briefly mention the place of RTAs in the WTO system. In the second part, I will present a framework for the dispute resolution mechanisms of RTAs. In the third part, I will investigate the dispute resolution mechanisms under Turkey's FTAs, their potential interaction with other mechanisms and the applicable legal rules in the settlement of disputes therein. Finally, in the conclusion part, I will make some evaluations, predictions and suggestions.

## I. REGIONAL TRADE AGREEMENTS UNDER WTO SYSTEM

In addition to its basic rules<sup>2</sup> for liberalization of international trade, the WTO system also includes various exceptions to them such as general exceptions, security exceptions and economic emergency exceptions, allowing the application of measures and practices that are normally contrary to WTO rules. One such exception is the RTAs regulated in both the GATT (Article XXIV) and the GATS (Article V).<sup>3</sup>

---

<sup>2</sup> The foremost significant ones of them are the Most-Favored Nation (MFN) of GATT Article I and National Treatment (NT) of GATT Article III.

<sup>3</sup> The rule known as the "Enabling Clause", which was put into effect with the decision of the GATT Contracting Parties, dated 28 November 1979 and numbered L/4903, and which allows different and favorable treatment for developing countries, is another legal basis for the exemption from the MFN obligation under the preferential trade regimes. This arrangement became a part of GATT 1994 with the establishment of the WTO in 1995. ([https://www.wto.org/english/docs\\_e/legal\\_e/enabling1979\\_e.htm](https://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/enabling1979_e.htm) Last Accessed: 11/07/2021).

Reflecting the further liberalization efforts of states in smaller groups, some experts point to the various advantages of RTAs in terms of promoting international trade: (i) Further liberalization that is not attainable at the global level may be possible at the regional level. (ii) Trade liberalization can be achieved more easily within regional trade blocs. (iii) Trade liberalization achieved at the regional level may be a stepping stone to liberalization at the multilateral level at a later time. (iv) Regional trade liberalization could generate significant economic growth in the region it covers, which could subsequently lead to more trade in the rest of the world. (v) RTAs can serve the WTO accession process of non-WTO parties, especially with regard to developing countries. (vi) Regional liberalization may be an alternative way when multilateral trade liberalization is absent or slow.<sup>4</sup>

Although RTAs were regulated by the GATT 1947, they mainly have increased in numbers since the early 1990s and become an important part of the international trade agenda.<sup>5</sup> According to WTO data, 349 regional trade agreements are in force in June 2021. The number will be much higher if we add the ones notified to WTO but not entered into force yet and the one which are not active.<sup>6</sup>

The main feature of an RTA is that the treaty parties can recognize more commercial advantages among themselves than with third parties. However, if the third party is a WTO member, this discriminatory treatment normally violates the MFN rule of the WTO. The WTO system is designed to strike a balance between its core disciplines and member states' desire for further liberalization, which is not possible at the global level, but possible on regional (geographical proximity) or similar other bases (a particular product, cultural proximity, etc.).

With this aim, it allowed such treaties, but introduced certain conditions so that the treaties were not restrictive and protective in favor

---

<sup>4</sup> VAN DEN BOSSCHE, Peter / ZDOUC, Werner, *The Law and Policy of the World Trade Organization*, Third Edition, Cambridge, Cambridge University Press, 2013, p. 649-650.

<sup>5</sup> VAN DEN BOSSCHE / ZDOUC, p. 648.

<sup>6</sup> [https://www.wto.org/english/tratop\\_e/region\\_e/region\\_e.htm](https://www.wto.org/english/tratop_e/region_e/region_e.htm) Last Accessed: 11/07/2021.

of included WTO members and to the detriment of non-included WTO members.<sup>7</sup> Those conditions aim to harmonize the global and regional trade policies of WTO members. Thus, the WTO system has designed such agreements to ensure a general expansion in world trade, maximizing their trade-enhancing effects for WTO members included and minimize their trade-restrictive effects against WTO members non-included.<sup>8</sup>

## II. DISPUTE SETTLEMENT MECHANISMS IN REGIONAL TRADE AGREEMENTS

In general, dispute settlement mechanisms under international treaties fulfill two functions: (i) To eliminate the differences in interpretation between the parties about the meaning and content of the treaty provisions and thus to clarify them (ii) To determine the breach in case of violation of treaty obligations and to ensure compliance with them.

The substantial increase in the number of RTAs over the past a few decades has been accompanied by an almost equal increase in the number of dispute resolution mechanisms. Today, modern dispute resolution mechanisms included in both global (WTO) and regional/bilateral trade agreements find their basis in GATT Articles XXII and XXIII,<sup>9</sup> but they are more advanced than the GATT system which was based on diplomatic consultations and negotiations.

The settlement mechanisms to deal with the disputes on international trade rules have gone through three different stages since GATT 1947: (i) Diplomatic (political) tools offered by the GATT (ii) Permanent court model such as the EU Court of Justice (iii) *Ad hoc* arbitration model of NAFTA/WTO, which is a compromise between cost

---

<sup>7</sup> For details see the Article XXIV of GATT, Understanding on the Interpretation of Article XXIV of the GATT 1994, and GATS Article V.

<sup>8</sup> MITCHELL, Andrew / LOCKHART, Nicolas, "Legal Requirements for PTAs under the WTO", *Bilateral and Regional Trade Agreements*, LESTER, Simon / MERCURIO, Bryan (Eds.), New York, Cambridge University Press, 2009, p. 85.

<sup>9</sup> McDOUGALL, Robert, *Regional Trade Agreement Dispute Settlement Mechanisms: Modes, Challenges and Options for Effective Dispute Resolution*, Geneva, International Centre for Trade and Sustainable Development (ICTSD) and the Inter-American Development Bank (IDB), 2018, p. 2.

(less expensive) and the role of states (more control for states in the settlement process).<sup>10</sup>

On the other hand, another dimension of the development in dispute resolution mechanisms is the transformation from state control and *ad hoc* bodies to “neutral” third party control and permanent bodies. Thus, there has been a decrease in the role of diplomats and an increase in the role of experts and lawyers. However, the role of states has been preserved by means of control over the appointment of third parties (arbitrators/panelists), veto-power, comments on the final report, and limitations on the choice of sanctions.<sup>11</sup>

The common starting point of the studies on the classification of the dispute resolution mechanisms in the RTAs has been the degrees of politics and legality. Classifications have been made according to the locations of the mechanisms between these two extremes. In James M. Smith's quantitative study based on the data set consisting of 62 treaties between 1957 and 1995<sup>12</sup> the spectrum is defined as “diplomacy – legalism”,<sup>13</sup> and on this basis, the legality of the mechanisms is determined in 5 levels as “zero-low-medium-high-very high”.<sup>14</sup>

Amelia Porges, on the other hand, classifies the dispute resolution mechanisms in RTAs under 3 headings in a qualitative study: (i) Political or diplomatic means<sup>15</sup> (ii) Permanent courts<sup>16</sup> (iii) *Ad hoc* panels (WTO model).<sup>17</sup> As some RTAs contain both *ad hoc* third-party bodies and permanent appellate bodies,<sup>18</sup> there is an overlap between headings (ii) and (iii) of this classification.

---

<sup>10</sup> McDOUGALL, p. 4.

<sup>11</sup> McDOUGALL, p. 5.

<sup>12</sup> SMITH, James McCall, “The Politics of Dispute Settlement Design: Explaining Legalism in Regional Trade Pacts”, *International Organization*, Vol. 54, No. 1, 2000, p. 150-155.

<sup>13</sup> SMITH, p. 139.

<sup>14</sup> SMITH, p. 162, 164, 166-168.

<sup>15</sup> PORGES, Amelia, “Dispute Settlement”, *Preferential Trade Agreement Policies for Development*, CHAUFFOUR, Jean-Pierre / MAUR, Jean-Christophe (Eds.), Washington D.C., The World Bank, 2011, p. 470.

<sup>16</sup> PORGES, p. 471.

<sup>17</sup> PORGES, p. 473.

<sup>18</sup> For example MERCOSUR (Mercado Común del Sur), ASEAN (Association of Southeast Asian Nations), SADC (Southern African Development Community).

A WTO working document, based on the comprehensive classification of Porges' work, but amending the last two categories in order to eliminate the overlaps and ambiguities mentioned, classifies the dispute resolution mechanisms of 226 RTAs as (i) Political/diplomatic (ii) Quasi-judicial and (iii) Judicial models.<sup>19</sup> Unlike Porges, this classification is based on the degree of automatic functioning of the "application process" (the process cannot be vetoed or blocked) and the level of institutionalization, rather than the "*ad hoc* vs. permanent" criteria of the third-party adjudication.

Accordingly, the models falling under the first group (political/diplomatic) are the ones: (i) Where there is no third-party adjudicating body (ii) Where a solution is sought by negotiation within a political body (iii) Where the state-parties have an explicit right to block the third-party process even though a third-party adjudication is available.

The second group (quasi-judicial), where the resolution process grants automatic access to third-party adjudication at some point, comprises models in which an explicit authority to block that access-right is not granted, but the process can be blocked indirectly, by not fulfilling the obligations regarding the appointment of panelists.<sup>20</sup> Most of the models in this group provide for *ad hoc* adjudication. However, there are also instances where an additional permanent appeal body is provided.<sup>21</sup>

In the models of the third group (judicial models), parties have the right to automatically refer a dispute to a permanent third-party adjudicating body. Additionally, that body has some distinguishing differences from quasi-judicial models: (i) Disputes are resolved by

---

<sup>19</sup> CHASE, Claude / YANOVICH, Alan / CRAWFORD, Jo-Ann / UGAZ, Pamela, "Mapping of dispute settlement mechanisms in regional trade agreements: Innovative or variations on a theme?", WTO Staff Working Paper, No. ERSD-2013-07, Geneva, World Trade Organization (WTO), 2013.

<sup>20</sup> This procedure has been classified under the quasi-judicial group by the authors of the study on the grounds that the dispute resolution mechanisms that contain such indirect blocking provisions do not regulate an explicit veto-power but it renders the "automatic functioning" criterion inoperable (CHASE / YANOVICH / CRAWFORD / UGAZ, p. 11.).

<sup>21</sup> However, the practice of appeals within RTAs is not common. See CHASE / YANOVICH / CRAWFORD / UGAZ, p. 31.

applying the rules of law (ii) The judiciary has more independence and institutional presence (in this context, members of the judiciary are appointed for certain time periods instead of specific cases; the judicial body has administrative autonomy, legal personality and budget) (iii) Private persons and special rights take part in the process (iv) Sometimes there are supranational elements that allow the provisions of the treaty to be directly applicable in national courts, etc.<sup>22</sup> Thus, the character of legality stands out more in the third group compared to the second group.

Although states mainly prefer WTO procedures rather than RTA settlement methods,<sup>23</sup> with the standstill in multilateral trade negotiations, it is expected that regional agreements will be the focal point in the development of new trade rules, and therefore the importance and frequency of the use of dispute resolution mechanisms in RTAs will increase.<sup>24</sup>

On the other hand, in addition to a dispute settlement mechanism that has been strengthened and moved from the GATT period to the WTO, further resolution mechanisms under different treaty regimes threaten harmony and integrity in international adjudication, which is one of the biggest reasons for the fragmentation in international law. This makes the relations between these mechanisms a significant issue. There is no general rule of international law regulating that interaction. However, many RTAs attempt to address the issue through forum selection provisions.

### **III. DISPUTE SETTLEMENT MECHANISMS IN THE FREE TRADE AGREEMENTS OF TURKEY**

#### **A. The Free Trade Agreements of Turkey**

Turkey, in parallel with the worldwide trend, has signed RTAs under the name of FTA with many countries/country groups. According to the data of the Turkish Ministry of Commerce, 22 FTAs are currently in force, and the internal approval processes are expected to be completed for another 3 ones for which negotiations have been completed. On the

---

<sup>22</sup> CHASE / YANOVICH / CRAWFORD / UGAZ, p. 11-12.

<sup>23</sup> CHASE / YANOVICH / CRAWFORD / UGAZ, p. 6.

<sup>24</sup> McDOUGALL, p. 1.



other hand, 11 FTAs with Central and Eastern European countries were terminated in 2004 due to the EU membership of those countries. In addition, negotiations with 16 countries/country groups continue actively, and attempts are underway to conclude FTAs with 9 countries/country groups. There are also activities for updating some of the existing FTAs. In this context, the revised FTAs with EFTA and Bosnia-Herzegovina have recently entered into force.<sup>25</sup>

The most important factor in Turkey's FTA making process is to deal with the problems in terms of third countries arising from the Customs Union with the EU. While the goods of the third countries with which the EU has an FTA have the opportunity to enter advantageously the Turkish market through the EU, the same is not possible for Turkish products to enter the market of those countries. In order to eliminate this unequal and disadvantageous position, Turkey enters into FTA negotiations with the third countries with which EU has FTAs.

### **B. Dispute Settlement Mechanisms**

There does not appear to be any objection in terms of Turkish FTAs in taking the criteria of WTO working document referred to above<sup>26</sup> as the classification criteria of this study. In this framework, Turkish FTAs will be classified under three headings as (i) diplomatic, (ii) quasi-judicial and (iii) judicial procedures. The main starting point in this classification will be the automatic nature of the operation and conclusion of the judicial process.

On the other hand, I should note that the diplomatic solution is not just a way specific to the mechanisms in the first group. Before resorting to a judicial procedure in resolution mechanisms of other groups, diplomatic methods (consultations) based on negotiations in political bodies are provided as the first stage of the settlement process.

---

<sup>25</sup> For the updated status of Turkish FTAs see <https://ticaret.gov.tr/dis-iliskiler/serbest-ticaret-anlasmalari> Last Accessed: 15/02/2022.

<sup>26</sup> CHASE / YANOVICH / CRAWFORD / UGAZ, p. 11-12.

On the basis of this framework, a table in which the mechanisms are classified is presented as following:<sup>27</sup>

<b>Diplomatic Procedures</b>	<b>Quasi-Judicial Procedures</b>		<b>Judicial Procedures</b>
Northern Macedonia (2000)	Israel (1997)	Mauritius (2013)	Singapore (2017)
Albania (2008)	Tunisia (2005)	South Korea (2013)	Venezuela (2020)
Serbia (2010)	Palestine (2005)	Malaysia (2015)	Bosnia and Herzegovina (2003) (2021)
Montenegro (2010)	Morocco (2006)	Moldova (2016)	EFTA (1992) (2021)
	Egypt (2007)	Faroe Islands (2017)	
	Georgia (2008)	Kosovo (2019)	
	Chile (2011)	The United Kingdom (UK) (2021)	

<sup>27</sup> When this work started, EFTA and Bosnia-Herzegovina FTAs were classified under the heading of diplomatic procedures. However, before the completion of the study, the revised updated version of those entered into force on October 1, 2021 and August 1, 2021, respectively. Thus, the dispute resolution mechanisms in their revised form became suitable for classification under the judicial procedures group. On the other hand, revision efforts for other some FTAs are also on the agenda. Among these, the approval process of the Montenegro FTA's revision protocols continues. Revision negotiations of Georgia and Malaysia FTAs are ongoing. It is aimed to start negotiations in a short time for the revision of the existing FTAs with Moldova and Macedonia. (See <https://ticaret.gov.tr/dis-iliskiler/serbest-ticaret-anlasmalari/yururlukte-bulunan-stalar> Last Accessed: 15/02/2022).

## 1. Diplomatic Procedures

In some of the Turkish FTAs, a third-party adjudication is not included at all. They provide that the disputes be settled through diplomatic negotiations within the political bodies established under the FTA. Political partnership bodies, mainly called Joint Committee or Association Council and where decisions are taken by consensus, fulfill the function of resolving disputes through negotiations in addition to the execution of the FTA.

On the other hand, since an independent third-party solution is not provided, diplomatic procedures do not have a legal mechanism that guarantees compliance with the recommendations of the partnership bodies or imposes sanctions in case of non-compliance.

The classification criteria adopted by this study consider the mechanisms as diplomatic procedures, which authorize the parties to explicitly block the automatic functioning of the third-party adjudicating process, but no such clear veto-power has been detected in any of the Turkish FTAs. In the FTA with 4 countries under diplomatic procedures heading, no third-party adjudication is included.

In general, the relevant provisions of the FTAs authorize the complaining party to take the action it deems appropriate, provided that it complies with good faith rules (e.g. giving priority to the measures that will cause the least damage to the operation of the treaty) in the event that an agreement cannot be reached in the consultations within the partnership body. In this respect, it does not offer a real consensus and solution.

For example, in Turkish-Macedonian FTA,<sup>28</sup> when one party considers that the other party has not fulfilled an obligation, differences of opinion will be discussed in consultations within the Joint Committee, but in the meantime it can take appropriate safeguards measures. In choosing the safeguards, options that will cause the least harm to the functioning of the treaty should be preferred.

---

<sup>28</sup> Turkish Official Journal (d. 25/07/2000 and no. 24120). See Articles 21 and 32.

We see procedures with similar content but differently written in the FTAs with Albania,<sup>29</sup> Montenegro<sup>30</sup> and Serbia.<sup>31</sup>

In these agreements, in the event that the obligations arising from the agreement are not fulfilled, the notification and consultation procedures are provided as the first address, and if a solution cannot be reached, the injured party is allowed to take the measures it deems necessary to remedy the situation. With these very general provisions, it is possible for one of the parties to decide that the other party has acted contrary to the FTA, and to apply unilateral countermeasures without any agreement or decision of the partnership body. It is clear that this cannot be considered as a solution.

## 2. Quasi-judicial Procedures

In another group of resolution mechanisms in Turkish FTAs, *ad hoc* third-party adjudication<sup>32</sup> is provided, but there are provisions that allow the political bodies to indirectly block the third-party process. The majority of Turkish FTAs fall into this group.

In these FTAs, diplomatic procedures are preserved as a prior stage before going onto the third-party proceedings. In this context, it is suggested that the parties first seek a solution to the conflict through consultations in political/diplomatic bodies. In cases where no solutions can be reached therein, a third-party adjudication process is available. Although certain institutional provisions (such as time limits, panelist or arbitrator determination procedures, binding effect of panel or arbitration reports, etc.) are included in most FTAs, the fact that the third-party body is *ad hoc* and its intervention depends on the attitudes of the state-parties makes the judicial process far from automatic.

---

<sup>29</sup> Turkish Official Journal (d. 12/03/2008 and no. 26814 – Repeated). See Articles 21 and 32.

<sup>30</sup> Turkish Official Journal (d. 14/01/2010 and no. 27462 – Repeated).

<sup>31</sup> Turkish Official Journal (d. 09/03/2010 and no. 27516).

<sup>32</sup> In the official texts of FTAs, different concepts such as "panel, arbitration, arbitration panel" have been used for *ad hoc* third-party adjudicating bodies fulfilling the same function. Besides, looking at the details of the procedural rules, they have the same content more or less.

Just to briefly recall the automaticity in the WTO dispute settlement mechanism, if the parties fail to reach a mutually agreed solution at the consultation stage, one of the parties can automatically initiate the panel process, thanks to the decision-making procedure called "reverse consensus" or "negative consensus".<sup>33</sup> With this automaticity, it is not possible for the defendant to block the process. There is no such regulation in any of the Turkish FTAs, however, in 4 FTAs under the heading of "judicial procedures", there are rules that ensure automatic operation, not allowing to block the third-party process.

On the other hand, especially since 2011, FTA dispute resolution mechanisms which include more detailed provisions similar to the WTO panel process have been established. The quasi-judicial ones of these FTAs contain many provisions that increase institutionalism and legality, but they do not have mechanisms that guarantee the automatic functioning of third-party proceedings. There is no explicit veto-power to block the establishment of the panel/arbitration process in any of Turkish FTAs. However, the states' failure to fulfill their treaty obligations that would ensure the progressing of the process may indirectly block the third-party trial.

For example, in the Turkish-Israeli FTA, the first FTA of Turkey to provide for third-party proceedings,<sup>34</sup> unless a settlement is reached through a time-bound consultation period (60 days) within the Joint Committee, a panel begins with either party notifying the other that it has appointed an arbitrator within 45 days. Two arbitrators appointed by the parties will, within 60 days, determine a third arbitrator by joint decision, who is not of nationality of either parties and who will act as the chairman. As can be seen, a quite institutional-looking procedure tied to deadlines has been determined. However, the operation of this procedure

---

<sup>33</sup> Consensus, as traditionally practiced, requires an unanimous vote of all participants present at the meeting in order for a decision to be taken. In this method, a participant's vote in a different direction prevents the decisions to be made. The WTO Treaty introduced a different consensus definition: "The body concerned shall be deemed to have decided by consensus on a matter submitted for its consideration, if no Member, present at the meeting when the decision is taken, formally objects to the proposed decision." (Article IX.1, footnote 1)

<sup>34</sup> Turkish Official Journal (d. 18/071997 and no. 23053). See Article 30.

is dependent on the will of the parties. Even if one party initiates the arbitrator appointment process, the other party may not appoint an arbitrator, which means an implicit veto-power.

The possibility of blocking the process is also available in the FTAs with Tunisia (2005),<sup>35</sup> Palestine (2005),<sup>36</sup> Morocco (2006),<sup>37</sup> Egypt (2007)<sup>38</sup> and Georgia (2008),<sup>39</sup> which contain similar provisions. Thus, these six countries form a sub-group. On the other hand, in FTAs with Chile (2011),<sup>40</sup> Korea (2013),<sup>41</sup> Malaysia (2015)<sup>42</sup> and UK (2021),<sup>43</sup> more detailed rules and institution-oriented regulations similar to WTO procedures are included. The common point of these two groups is that the panelists' appointment and start of work can be vetoed indirectly by one of the parties although highly detailed procedures and rules of practice are adopted in the latter group of 4.

In some FTAs, unilateral initiative was not included in the initiation and execution of the panel process. For example, in Turkey-Mauritius FTA (Article 32.14),<sup>44</sup> the Joint Committee may agree to set up an arbitration panel if the dispute cannot be resolved through consultations within a reasonable time. The number of arbitrators, the principles for the selection of them, the working procedures of the panel and the schedule of the report to be submitted will also be decided by the Joint Committee. The same arrangement is found in the FTAs with Moldova (Article 31.8),<sup>45</sup> Faroe (Article III.3.8)<sup>46</sup> and Kosovo (Article IV.3.8).<sup>47</sup> Thus, these 4 FTAs constitute another sub-group in this aspect. Decisions in the Joint

---

<sup>35</sup> Turkish Official Journal (d. 10/05/2005 and no. 25811). See Article 48.

<sup>36</sup> Turkish Official Journal (d. 18/04/2005 and no. 25790). See Madde 22, 46.

<sup>37</sup> Turkish Official Journal (d. 28/12/2004 and no. 25684). See Article 33.

<sup>38</sup> Turkish Official Journal (d. 30/01/2007 and no. 26419). See Article 34.

<sup>39</sup> Turkish Official Journal (d. 24/09/2008 and no. 27007 – Repeated). See Article 32.

<sup>40</sup> Turkish Official Journal (d. 31/12/2010 and no. 27802 – 4th Repeated).

<sup>41</sup> Turkish Official Journal (d. 21/03/2013 and no. 28594).

<sup>42</sup> Turkish Official Journal (d. 01/06/2015 and no. 29373 – Repeated).

<sup>43</sup> Under the Article 13.3.3 of the FTA, preferential treatment in trade became operational on 1 January 2021, but internal approval procedures have not yet been completed.

<sup>44</sup> Turkish Official Journal (d. 24/01/2013 and no. 28538).

<sup>45</sup> Turkish Official Journal (d. 28/01/2016 and no. 29786).

<sup>46</sup> Turkish Official Journal (d. 02/08/2017 and no. 30142 – Repeated).

<sup>47</sup> Turkish Official Journal (d. 14/07/2015 and no. 29416).

Committee are taken by consensus. This necessitates a compromise in the operation of the process from the very beginning. Therefore, it seems more possible to reach a real solution compared to the one-sided operation of the panel process. Once an agreement has been reached in the Joint Committee on moving to the panel stage, it can be expected that the panel results will be accepted more easily by the parties.

The sub-group of FTAs with Chile, Korea, Malaysia, UK, with detailed rules largely borrowed from or inspired by the DSU, are distinguished from the other quasi-judicial mechanisms. In these FTAs, there are detailed rules that are very similar to each other in terms of issues such as time limits; confidentiality; panel formation; qualifications and selection of panelists; professional ethical rules to be followed by panelists; procedural rules for the conduct of the panel process; burden of proof; interpretation rules; etc. Thus, on the one hand, the gaps that could interrupt the process are minimized, on the other hand, a more rule-oriented process is defined. In particular, although priority is given to unanimous decision making for the panel, when consensus could not be achieved, the ability to take decisions by majority vote significantly eases the functioning of the panel process, including the acceptance of the panel report.

This sub-group of 4 has also addressed some gaps of the WTO dispute settlement mechanism. The most important of those is the "sequencing" problem in the implementation phase. This issue concerns the order of priority between the "DSU Article 21.5 panel" and the arbitration for "suspending concessions" under DSU Article 22, as a result of overlapping in some time limits.<sup>48</sup> Turkey's FTAs in this sub-group of

---

<sup>48</sup> The Article 21.5 panel is the compliance panel dealing with the disputes as to whether the respondent eliminates the non-conformity determined in the panel reports. The complainant, while requesting a panel under Article 21.5 on the one hand, may apply, on the other hand, to the WTO Dispute Settlement Body (DSB) under Article 22.6 with a request to apply a counter-measure (suspension of concessions) since the non-compliance continues after the expiry of a reasonable time. An Article 21.5 panel must be concluded within 90 days of the expiration of the reasonable time, while Article 22.6 arbitration within 60 days. The 30-day gap allows the plaintiff to enact retaliation under Article 22 before the Article 21.5 panel concludes. A provision addressing this situation is not included in the DSU, and an agreement has not been reached among the member states so far. The issue is currently dealt with on a case-

4 include clear and unambiguous provisions that allow retaliation practices only after the Article 21.5 panel is concluded and the search for compromise on compensation is exhausted. Thus, sequencing problem has been eliminated.

On the other hand, in the Malaysian FTA (Article 12.5), unlike the others, good offices, conciliation and mediation, which can be applied at every stage of the process, are also provided as alternative settlement methods. These can be initiated and terminated at any stage of the resolution process. They may also continue during the period when the matter is before the arbitration panel.

### 3. Judicial Procedures

I have identified 4 Turkish FTAs, which have automatic decision mechanisms effective in deciding and concluding the third-party trial process, thus saving the process from political influence, either explicitly or indirectly.

The settlement mechanism of Singaporean FTA has great similarities with that of the sub-group of 4 under quasi-judicial models (Chile, Korea, Malaysia and UK FTAs). Indeed, it would have been necessary to treat this FTA among those quasi-judicial procedures, if there were not few provisions providing automation. The factor ensuring the automaticity is the inclusion of WTO Director-General in the appointment of panelists. It is possible for the parties to activate the Director-General at two points. First, if one of the parties fails to appoint its own panelist within 30 days from the receipt of the panel request (Article 17.5), upon the other party notifying the Director-General of the situation, the Director-General shall first notify the failing party, and appoint a member if no appointment is made within 14 days. Second, if the third member is not appointed or, if appointed but not approved by the parties within the time limits specified in Article 17, the Director-General will again perform the task of appointing the third member upon the request of one of the parties. With these provisions, the way for the defendant, avoiding the

---

by-case basis through bilateral agreements between the contending parties. For the sequencing issue see GALLAGHER, Peter, *Guide to Dispute Settlement*, The Hague, Kluwer Law International, 2002, p. 48-51.



obligation to appoint its own panelist, to block the third-party trial process has been closed, which ensures certain automation. The remaining provisions on the dispute resolution mechanism are almost identical to those of the Chile, Korea, Malaysia and UK FTAs. As such, the sequencing problem has been resolved in the Singaporean FTA, as well.

Turkish-Venezuelan FTA, which, unlike the Singaporean FTA, contains few and general provisions regarding the settlement of disputes. As in all other FTA dispute settlement mechanisms, and also that of WTO, it is stipulated that the preferred way is consensus-based resolution, and in this context, disputes will be settled primarily through consultations to be carried out in cooperation by the parties within the Joint Committee. There are certain time limits for each step in the process. If the matter cannot be resolved within 30 days from the date of receipt of the request for consultations, the Joint Committee will initiate an arbitration procedure in line with the arbitration rules of the UN Commission on International Commercial Law (UNCITRAL). While the expression of "can initiate" is used in some other FTAs (Mauritius, Moldova, Faroe and Kosovo), which are among the quasi-judicial mechanisms and include panel processes that can be operated by the decision of the Joint Committee, the Joint Committee of Venezuelan FTA is bound with the phrase "shall initiate".<sup>49</sup> This provides an automatic procedure that the parties could not block, which has cleared the operation of the mechanism from political influence.

The FTA with EFTA, first FTA of Turkey, in its original form that came into force in 1992, provided such a pure diplomatic way to resolve disputes that no expression of "dispute" or "dispute resolution" was even included. For the purpose of the proper implementation of FTA, at the request of any party, exchange information and consultations would be made within the Joint Committee (Article 25.2).<sup>50</sup> Accordingly, a dispute could only be dealt with through consultations and friendly settlements. However, with the revised FTA,<sup>51</sup> the dispute settlement mechanism underwent a radical change. In the mechanism consisting of consultations

---

<sup>49</sup> Turkish Official Journal (d. 01/06/2020 and no. 31142 – Repeated). See Annex V.

<sup>50</sup> Turkish Official Journal (d. 18/04/1992 and no. 21203 – Repeated).

<sup>51</sup> Turkish Official Journal (d. 25/05/2021 and no. 31491 – Repeated).

and arbitration panel stages, the possibility of blocking the panel process has been eliminated with clear rules on operational time limits, the appointment procedures of panelists, and the way the panel takes decisions. For example, when one of the parties tries to block the process by not appointing panelist, the other party can apply to the Secretary General of the Permanent Court of Arbitration (PCA) and request the completion of the missing member of the panel (Article 9.4.3). Again, the ability to make decisions by majority vote in the arbitration panel if a unanimous decision would not be possible (Article 9.5.7) eliminates the risk of blocking the process by one of the parties. On the other hand, the panel process will be conducted by applying the Arbitration Rules of the PCA dated 2012 (Article 9.5). A possible sequencing problem has also been eliminated (Article 9.8.3). Additionally, good offices, conciliation and mediation procedures, previously referred to in the Malaysian FTA, are provided as alternative means at any stage of the dispute, including the panel stage (Article 9.2).

The dispute resolution mechanism in the initial version of the Bosnia-Herzegovina FTA,<sup>52</sup> was a diplomatic procedure that did not contain too many details. It provided consultations within the Joint Committee while allowing appropriate safeguards to be taken in the meantime. On the other hand, in the revised FTA,<sup>53</sup> *inter alia*, improvements regarding the settlement of disputes have also been introduced. The possibility to block the process has been eliminated. In the event of a blockage in the panel member appointment, the Secretary General of the PCA fulfills it at the request of either parties (Articles 7.3 and 7.4). With clear rules and timeframes for the implementation of the panel decisions, a possible sequencing problem has been eliminated, as well.

## **C. Relations With Other Dispute Settlement Mechanisms**

### **1. Forum Selection**

When it comes to different forums available for a dispute, it is possible to summarize three ways adopted in RTAs: (i) Giving exclusive

---

<sup>52</sup> Turkish Official Journal (d. 05/05/2003 and no. 25099). See Articles 25 and 26.

<sup>53</sup> Turkish Official Journal (d. 25/06/2021 and no. 31522).

priority to one of the two forums (ii) Allowing the selection of a forum at the beginning but the chosen forum being exclusive to that dispute after it has been selected (iii) Allowing the use of both forums.<sup>54</sup>

In a WTO study on the subject, the provisions of the RTAs on this issue are classified into 5 groups: (i) Provisions that make the RTA's resolution mechanism mandatory (ii) Provisions that make the WTO resolution mechanism mandatory (iii) Provisions that encourage the use of the RTA's resolution mechanism (iv) Provisions that allow parties to choose one of two forums but prohibit using the other one once a forum selected (so called *fork-in-the-road*) (v) Provisions that allow the sequential use of the resolution mechanisms of the RTA or the WTO.<sup>55</sup>

In some of the Turkish FTAs, a possible conflict of jurisdiction with other forums has been eliminated through arrangements regarding the selection of forums. The provisions on the choice of forum are relatively new and were not included in the FTAs before the Chilean FTA in 2011.

Article 39 of the Chilean FTA regulates the choice of forum between the FTA and the WTO mechanisms. Accordingly, if a dispute arises on a subject covered by both WTO Treaty and the FTA, the complaining party is given the right to select one of them, chosen procedure excluding the other. In Article 39 provisions, there is no statement on sequential operation. In other words, it is not clearly stated that once a procedure is chosen, it is prohibited to apply to the other procedure while the selected one is in progress and/or after it is completed.

A sequential selection of forums is allowed in Korean FTA. According to Article 6.3, if one of the dispute resolution mechanisms of the FTA or the WTO is applied, a resolution process cannot be started in the other forum unless the process in the selected forum regarding the *same measure* is concluded. On the other hand, in the same paragraph, it is regulated that a party cannot initiate a dispute settlement process in the other forum for the *same obligation* under the FTA and the WTO Agreement, except that the selected forum cannot take a decision due to

---

<sup>54</sup> McDOUGALL, p. 6.

<sup>55</sup> CHASE / YANOVICH / CRAWFORD / UGAZ, p. 21.

the procedural or jurisdictional reasons. This will be the case if the FTA and WTO have *identical obligations*.

Malaysian FTA did not limit the forum selection provisions to the WTO, but made a general forum selection arrangement. According to the second paragraph of Article 12.3, the complaining party is obliged to notify the other party, in written, of its intention to do so before choosing a particular forum. The procedures of the selected forum will be used excluding the other. FTA remains again silent on whether exclusion of the other forum will be simultaneous, sequential or forever.

Another FTA with a forum selection clause is the Moldovan FTA. In fact, it does not give the right to choose a forum; it determines the order of forum-selection. Article 31.10 states: "Parties may apply to the WTO Dispute Settlement Process in cases where any dispute cannot be resolved within the Joint Committee". This article contains uncertainty about one issue. The Moldovan FTA includes a resolution process based on the possibility of establishing an arbitration panel by the Joint Committee, if the dispute cannot be resolved through consultations within a reasonable time-period. The expression "in cases where any dispute cannot be resolved within the Joint Committee" in Article 31.10 brings to mind the question whether it is to be understood only during the consultations within the Joint Committee or including the arbitration panel stage. On the other hand, the phrase "may" in the sentence "If the dispute cannot be resolved through consultations within a reasonable time, the Joint Committee may agree to the establishment of an arbitration panel" of Article 31.8 means "if the parties take a decision to establish an arbitration panel in the Joint Committee". In this case, the situations where the parties cannot agree on the establishment of an arbitration panel should be understood within the scope of "situations where the dispute cannot be resolved within the Joint Committee". Accordingly, the WTO dispute settlement mechanism can be operated in cases where (i) a solution cannot be reached through consultations (ii) a consensus cannot be reached on

the establishment of an arbitration panel (iii) a solution cannot be reached during the arbitration panel process.<sup>56</sup>

The Singaporean FTA includes a general and overarching choice of forum provision, which is not limited to only WTO mechanism. According to Article 17.3.2, before the complaining party declares that it will take a dispute to a particular forum, it must notify the other party, in written, of its intention to do so. The provisions of Article 17.3.3 require a forum to be selected to the exclusion of other possible forums. Whether or not the exclusion is sequential is left unclear like Malaysian FTA.

The provisions of Venezuelan FTA (Annex V, parag. 11) specifically address the forum selection between the FTA and the WTO. Accordingly, if a dispute resolution procedure is initiated in one of them, a new one cannot be established on the other platform for the *same measure*. Unless the chosen forum fails due to procedural or mandate and authority reasons, the dispute resolution process cannot be run again in the other platform for *identical obligations* of the FTA and WTO.

Although the revised EFTA FTA brings advanced regulations on many issues, it includes provisions open to interpretation on sequentiality in forum selection. According to Article 9.1.2, a dispute on the *same subject* under both the FTA and WTO rules can be taken to one of the forums at the discretion of the complaining party, selected forum excluding the use of the other. However, the FTA again is silent on whether the exclusion will be simultaneous, sequential or forever. The same is true for the revised Bosnia- Herzegovina FTA. Article 3.3 of Annex VI states: "When the complaining party selects a specific forum, the selected forum shall be used to the exclusion of other possible forums."

## 2. The Recognition of Other Mechanisms

Most of the FTAs contain general provisions confirming the rights and obligations under other agreements binding the parties, especially

---

<sup>56</sup> Since there is no provision in the Moldovan FTA regarding the bindingness of the arbitration panel reports or its acceptance by the Joint Committee, it is considered that the situation numbered (iii) should also be taken into account. Otherwise, in common practice, an arbitration panel decision is either directly binding or it is accepted and made binding by the decision-making body.

the WTO. For example, the rights and obligations of the parties under WTO agreements are confirmed in the Chilean FTA (Article 3) and the Malaysian FTA (Article 1.3). In the Moldovan FTA (Article 3), the parties confirm their rights and obligations to each other under WTO treaties, successor agreements and other agreements with which they are contracted. It can be deduced from these provisions that the right to resort to dispute resolution procedures under other agreements is also reserved and mutually recognized by the parties.

On the other hand, in some FTAs, special provisions are also included, which reserves the right to apply to the dispute settlement procedures of other international agreements. For example, Article 6.3 of the Korean FTA provides that recourse to its dispute resolution provisions shall not prejudice the right to appeal to the WTO dispute settlement mechanism. Article 31.10 of the Moldovan FTA stipulates that in cases where a dispute cannot be resolved within the Joint Committee, the parties can resort to the WTO dispute settlement process. Therefore, not disabling the WTO's mechanism, it does not impose the arbitration panel as the only way when consultations fail. The provisions in the Article III.3.10 of the Faroe FTA, confirm the rights and obligations under GATT 1994 Articles XXII and XXIII together with the DSU, regarding the settlement of disputes. Thus, the right of the parties to operate the WTO settlement mechanism is protected without leaving any room for doubt and interpretation, which eliminating a potential conflict of jurisdiction. A similar provision exists in the Venezuelan FTA (Annex V.11), as well.

### **3. Contracting Out of FTA Dispute Settlement Mechanism**

In some FTAs, certain issues are excluded from the resolution procedures. For example, in Korean FTA, disputes that may arise from paragraph 4 of the liberalization chapter (Article 1.5) are left out from the scope of the settlement procedures of the FTA. Another one in the Korean FTA is Chapter 5, trade and sustainable development. Article 5.12 stipulates that the problems arising from this chapter shall not be referred to the dispute settlement mechanism regulated in Chapter 6 of the FTA.

Likewise, in Malaysian FTA, for disputes arising from the chapters of health and phytosanitary (Article 6.8), technical barriers (Article 7.12),

safeguards (Article 8.8), anti-dumping (Article 8.15) and cooperation (Article 9.20), its settlement mechanism will not be applied. Again, in the Singaporean FTA, various issues are excluded from the dispute resolution mechanism, which are matters regarding dumping and anti-dumping measures (Article 3.4), the temporary movement of natural persons (Article 11.6), and competition (Article 14.6). In the UK FTA, disputes over sanitary and phytosanitary measures (Article 6.3), competition policy (Article 7.4), and trade measures (anti-dumping and compensatory measures - Article 5.3) are excluded from its settlement mechanism.

However, none of them contain a regulation on which forum will be used in the excluded areas. Taking into account the fact that the states, in practice, mainly prefer WTO procedures rather than FTA,<sup>57</sup> I consider that these provisions aim to take the disputes related to mentioned issues to the WTO resolution mechanism. The technical nature of the excluded issues draws attention. It could be appropriate to address them by WTO resolution mechanism, which is more experienced and advanced.

#### **D. Applicable Law in the Settlement of Disputes**

In a broad sense, applicable law refers to the legal resources that settlement body can apply to in a dispute. Not all of these resources are of the same legal value and status. While some of them are a direct source of rights and obligations, others are helpful in determining the rights and obligations and clarifying their scope. In this study, I refer as "substantive law" to those that can be a source of rights and obligations.

Article 38(1) of the Statute of the International Court of Justice (ICJ) lists the sources of law that the Court will apply in cases brought before it. It is generally accepted that Article 38(1) gives an informal list of sources of international law.<sup>58</sup> Article 38(1) refers to international conventions, international customary rules and general principles of law as applicable rules of law, as well as judicial decisions (case-law) and the

---

<sup>57</sup> CHASE / YANOVICH / CRAWFORD / UGAZ, p. 6.

<sup>58</sup> MITCHELL, Andrew / VOON, Tania, "PTAs and Public International Law", *Bilateral and Regional Trade Agreements*, LESTER, Simon / MERCURIO, Bryan (Eds.), New York, Cambridge University Press, 2009, p. 115.

opinions of well-known authors of various countries (doctrine) as auxiliary tools in determining the rules of law.

FTAs are international law treaties in nature and are subject to the general rules of treaty law and other relevant international law. In this framework, it is possible to deal with the applicable law under two subtitles with regard to the disputes that may arise within the scope of FTAs.

### 1. Substantive Rules

In a treaty regime, the main source of rights and obligations that can be applied to the disputes are the treaty text on which the treaty regime is based and the secondary rules created within the regime. In this context, all Turkish FTAs include the expression of "disputes between the parties regarding the interpretation or application of *the agreement*" or similar ones with the same meaning. Accordingly, the law to be applied to the merits (substantive law) in disputes is primarily the text of the relevant FTA as the source of rights and obligations.

In addition, if another treaty or similar legal instruments are referred to as a source of rights and obligations in the FTA, they will also be in the status of substantive law. To give an example, in Bosnia-Herzegovina FTA, Article 7 and Article 10, respectively, refer to the obligations imposed by the relevant agreements of the WTO for technical barriers to trade (TBT Agreement) and sanitary and phytosanitary measures (SPS Agreement). In the same FTA, according to the third paragraph of Article 16, the measures related to balance of payments shall be compatible with Article VIII of the IMF Agreement. Many other FTAs have similar provisions on various issues as well. In this way, the agreements that are integrated into the FTA text with explicit reference are in the status of the substantive law in the resolution of FTA disputes.

Although there are no specific and explicit provisions under the name of "applicable law" in Turkish FTAs, there are other provisions that indirectly address it. The most significant ones among them are the rules regarding panels' job description. For example, in Article 42 of the Chilean FTA, the terms of reference of the arbitration panel are as follows: "To examine, in the light of *the relevant provisions of this Agreement*, the matter referred to in the request for the establishment of an arbitration



panel pursuant to Article 41, to make findings together with the reasons on whether the measure is in conformity with *the Agreement* or not and to issue a written report for the resolution of the dispute. If the Parties agree, the arbitration panel may make recommendations for resolution of the dispute.” [italic added]

In the same article, it is also allowed for the parties to decide on different terms of reference. In that case, the question arises whether the parties can determine substantive rules other than the FTA through the terms of reference.<sup>59</sup> I have the opinion that this is possible in bilateral agreements, while such a disposition has the potential to cause problems in multilateral agreements in terms of the rights and obligations of third parties in. This is an issue related to Article 41 of Vienna Convention on the Law of Treaties (VCLT). Article 41 regulates the situation in which a limited number of parties to a multilateral treaty amends it among themselves (*inter se* modifications). According to Article 41, (i) the amendment should be provided or should not be prohibited in the amended treaty (ii) the amendment should not affect the rights and obligations of third parties of the treaty (iii) the amendment should not create incompatibility with the effective achievement of the aims and objectives of the treaty as a whole.

There are other provisions in Chilean FTA pointing to FTA text as substantive law. According to Article 41.3, the complaining party's request for the establishment of the arbitration panel shall consist, *inter alia*, the legal basis of the complaint including the *alleged violated provisions and other relevant provisions of the FTA*. Similar arrangements exist in FTAs with Korea (Articles 6.5 and 6.6), Malaysia (12.7 and 12.9), Singapore (17.2, 17.4-17.6) and UK (12.5 and 12.7). Article 12.9 of the Malaysian FTA counts among the functions of the panel to reach the findings that will help to make the necessary assessment for the *applicability of the FTA and compliance with the FTA*. Articles 17.2 and 17.5 of the Singaporean FTA refer to the obligations under the FTA and its applicable provisions. In the relevant parts of the revised EFTA (Article 9.4.8) and Bosnia-Herzegovina

---

<sup>59</sup> FTA should be understood as including the external rules which are incorporated into it.

(Articles 5 and 6) FTAs, there are provisions indicating the FTAs' text as the applicable substantive law.

On the other hand, trade relations with third countries are referred in almost all of the FTAs, and the parties recognize each other's rights to establish customs unions or free trade zones and maintain existing ones, unless the provisions of the FTA are adversely affected. For example, in Chilean FTA the parties mutually confirm their rights and obligations arising from the WTO agreements and any other international agreements to which they are a party. Similar provisions are also found in other FTAs (like Article 3 of the Moldovan FTA). Such provisions do not create new rights and obligations that could be subject to complaint under the FTA. However, since both parties mutually recognize such rights and obligations outside the FTA, I consider that it is possible for them to be brought forward and applied to the merits *as a defense* against a complaint.

In Korean FTA, the parties have made mutual commitments on multilateral labor standards and agreements and multilateral environmental treaties. If Chapter 5, which covers these issues, had not been excluded from the dispute resolution mechanism of the FTA, the international agreements in question would have been integrated into the FTA, and in this way, they would have been a source of mutual rights and obligations for the parties. This would have made it possible to apply these rules not only for defense but also for complaint (claim) purposes.

The UK FTA, on the other hand, includes general recognition provisions similar to the previous examples, as well as clear integration provisions in some respects unlike other FTAs. Paragraph 1 of Article 4, which deals with technical barriers to trade, states: "Articles 2 through 9 of, and Annexes 1 and 3 to the TBT Agreement are incorporated into and made part of this Agreement, *mutatis mutandis*." This makes the relevant provisions of TBT Agreement substantive law for disputes arising from the FTA.

When procedural non-FTA rules on third-party adjudication are imported through FTA provisions, they become a source of rights and obligations for the parties in terms of trial proceedings. This situation is

detected in two FTAs. First is the Venezuelan FTA importing the UNCITRAL rules and second is the revised EFTA FTA importing the PCA Arbitration Rules.

## 2. Other Rules

The legal rules which can be applied in a dispute are not limited to the ones that are the source of rights and obligations. The rules of customary international law, general principles of international law, case-law of other international judicial bodies and doctrinal resources can also be resorted to assist in the interpretation and clarification of rights and obligations. It is generally accepted both in doctrine and international judicial circles that such general rules of international law can be applied in treaty regimes unless they are expressly contracted out.<sup>60</sup> Accordingly, it is always possible to apply these rules in FTA regimes even if they are not explicitly integrated into. However, none of these are qualified to be a source of rights and obligations, therefore, they cannot be resorted to in a way that they change the rights and obligations determined in FTAs. Rights and obligations should only be sought in instruments that reflect the will of the FTA parties.

In some FTAs, such rules are explicitly referred to. For example Chilean FTA (Article 46.3) states: "Arbitration panels shall interpret the provisions of this Agreement in accordance with customary rules of interpretation of public international law, due account being taken of the fact that the Parties must perform this Agreement in good faith and avoid circumvention of their obligations." Thus, the FTA provides an area of application both for customary interpretation rules and the principle of "good faith",<sup>61</sup> which is a general principle of law accepted in international law. Similar references to the customary rules of international law on interpretation are also found in Article 6.10.5 of the

---

<sup>60</sup> MACNAIR, Arnold Duncan, *The Law of Treaties*, Oxford, Clarendon Press, 1961, p. 466; INDONESIA – AUTOS (Indonesia – Certain Measures Affecting the Automobile Industry), WTO Panel Report, WT/DS54/R, WT/DS55/R, WTDS59/R, WTDS64/R, 1998, parag. [14.28].

<sup>61</sup> There are other examples of FTAs that include the principle of good faith. For example, the Australia – USA FTA, Article 21.5(1) obliges the parties to consult each other in good faith in the event of a dispute.

Korean FTA and Article 12.9.2 of the Malaysian FTA. Singaporean FTA Article 17.6 includes a more specific reference regarding customary rules: "The arbitration panel shall interpret the provisions referred to in Article 17.2 (Scope) in accordance with customary rules of interpretation of public international law, including those codified in the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties." Explicit reference to VCLT is also found in the revised FTA with Bosnia-Herzegovina (Article 16 of Annex VI).

These provisions in the FTAs reflect Article 3.2 of DSU, which brings the obligation to clarify the provisions of WTO treaties according to the customary rules of interpretation in public international law. While a part of the international case-law states that the customary rules of interpretation are the rules in Articles 31 and 32 of VCLT,<sup>62</sup> another part thinks that those cannot be limited to the rules codified by VCLT because there are also non-codified rules that can be deemed within this scope.<sup>63</sup> Accordingly, interpretation rules that are not codified by VCLT but have somehow become customary as a result of practice among states, can be considered as a "supplementary interpretation tool" within the scope of VCLT Article 32 and related general principles of law and thus be applied in the interpretation of FTA provisions.

A few separate words should be said on the rules of the WTO which are legal basis for FTAs. Besides, many RTAs, including Turkish FTAs, refer to WTO provisions on various issues (For example, NAFTA Article 30.1) or repeat them almost as they are (For example, Thailand-Australia FTA Article 809, which are similar to GATS Article XVI). This interaction between WTO law and RTAs makes WTO law and WTO judicial decisions relevant for RTA disputes. As a matter of fact, there are

---

<sup>62</sup> LAGRAND CASE (Germany v. United States of America), Judgement of International Court of Justice of 27 June 2001, 2001, parag. [99]. (<https://www.icj-cij.org/files/case-related/104/104-20010627-JUD-01-00-EN.pdf> Last Accessed: 22/09/2021); US – GAMBLING (United States – Measures Affecting the Cross-Border Supply of Gambling and Betting Services), WTO Appellate Body Report, WT/DS285/AB/R, 2005, parag. [158-212].

<sup>63</sup> KOREA – PROCUREMENT (Korea – Measures Affecting Government Procurement), WTO Panel Report, WT/DS163/R, 2000, parag. [7.96].

examples of RTA case-law taking into account WTO judicial decisions.<sup>64</sup> In this context, there are opinions suggesting that the provisions and case-law of WTO related to RTAs may evolve into customary international law and may be a relevant source of law in the interpretation of RTAs.<sup>65</sup> On the other hand, although it is rare, the WTO judiciary refers to the RTA case-law to interpret a WTO provision.<sup>66</sup>

## CONCLUSION

In this study, I discuss dispute resolution mechanisms under bilateral FTAs of Turkey. I classify the dispute resolution mechanisms of 22 currently in force FTAs under three headings on the basis of political/diplomatic means versus third party adjudication. I take, as criteria, the degree to what extent disputes are settled independently from political decision mechanisms. I examine, at one end of the spectrum, the mechanisms in which the political bodies are decisive under the title of "diplomatic procedures", while, at the other end, under the title of "judicial procedures" in which the third party trial process can operate automatically without being dependent on political decisions. In between, under the heading of "quasi-judicial procedures", I deal with the ones in which there is also a third-party judicial body but the parties have the opportunity to indirectly block the functioning of the process by avoiding the fulfillment of certain treaty obligations.

The design of dispute resolution mechanisms adopted in RTAs reflects the different political, legal, economic and cultural factors. This may include, inter alia, the nature of the relationship between the parties, the depth and breadth of treaty obligations, and regional preferences.<sup>67</sup> It is possible to observe this situation in Turkish FTAs, as well. It is seen that similar solution processes are adopted in FTAs with countries that are geographically close to each other. In particular, in the FTAs with Balkan

---

<sup>64</sup> CROSS-BORDER TRUCKING SERVICES, NAFTA Chapter 20 Panel Report, USA-MEX-98-2008-01, 2001, parag. [260], [262].

<sup>65</sup> MITCHELL / VOON, p. 118.

<sup>66</sup> EC – CHICKEN CUTS (European Communities – Customs Classification of Frozen Boneless Chicken Cuts), WTO Appellate Body Report, WT/DS269/AB/R, 2005, parag. [310-345].

<sup>67</sup> McDOUGALL, p. 1.

Countries (Macedonia, Albania, Serbia, Montenegro and non-revised Bosnia-Herzegovina), no judicial way is provided for the settlement of disputes; on the contrary, political/diplomatic ways are preferred. In FTAs with Middle Eastern and North African countries (Israel, Palestine, Syria, Jordan, Tunisia and Morocco), quasi-judicial procedures were provided. There are opinions which evaluate this as "regional bias".<sup>68</sup>

It is not difficult to guess that the political/diplomatic ways in some FTAs may have been preferred by partner countries. This could be purely a political choice or the result of their familiarity and integration levels with international practices.<sup>69</sup> Additionally, it can be argued that this preference stems from the states' concern to hold the initiative in policy areas. In this context, Smith argues that while more legalistic mechanisms support greater compliance with RTA obligations, less legalistic ones give states more space for domestic policy.<sup>70</sup>

In all FTAs, third-party adjudication is entrusted to *ad hoc* bodies. Various names such as panel, arbitration panel, etc. for those bodies in FTAs are preferred with essentially the same meaning. These bodies mainly consist of 3 members. Only in the FTAs with Mauritius, Moldova and Kosovo, the number of panel members is left to the decision of the Joint Committee. The procedures for determining the panel members, their job descriptions and qualifications are provided in FTAs at varying levels. On the other hand, in addition to *ad hoc* panels, other alternative third-party solutions, which can be operated in parallel, such as good offices, conciliation and mediation are also provided in some FTAs. Besides, in some FTAs, it is always possible to reach "mutually agreed solutions" at any stage of the dispute settlement process. However, there is no specific method on how to do this, and the process is left entirely to the parties.

In recent years, starting with the Chilean FTA in 2011, a group of FTAs have included detailed and efficiency-enhancing rules (on

---

<sup>68</sup> CHASE / YANOVICH / CRAWFORD / UGAZ, p. 16.

<sup>69</sup> For example, Albania became a WTO member in 2000, Macedonia in 2003 and Montenegro in 2012, while Bosnia-Herzegovina and Serbia have yet observer status in WTO.

<sup>70</sup> SMITH, p. 147.

procedures, time limits, implementation measures, etc.) in a similar way to the WTO's settlement mechanism. Especially, there are FTA provisions eliminating issues such as the "sequencing" problem, which have not yet been definitively dealt with even within WTO. Despite all these, no permanent institutional judicial body, which has its own autonomous administration and budget and members appointed among professional experts for certain periods, has been identified in any FTA. In this context, no appellate body is encountered in any Turkish FTA.

All Turkish FTAs' settlement mechanisms cover only state-to-state disputes; therefore there is no opportunity for private individuals, including companies, to directly participate in the process. It is possible for individuals to reflect their interests only through their own governmental bodies. However, there are some multilateral free trade areas or advanced integrations such as NAFTA and the EU, where private individuals may initiate a complaint process in resolution mechanisms for certain situations.

Although significant improvements have been made recently in the solution mechanisms of Turkish FTAs in terms of rule-oriented and judicial nature, there still exist some gaps and deficiencies that could adversely affect the proper functioning:

(1) In some FTAs, there are loopholes, a kind of implicit veto-power, which allow to block the panel process due to the methods of appointing the panel members. If the complained party adopts an uncompromising attitude in appointing the arbitrator on behalf of herself or the third arbitrator to serve on the panel, she may actually prevent the process from moving from the political/diplomatic (consultations) stage to the judicial (panel) stage.

(2) In some FTAs (Mauritius, Moldova, Faroe, Kosovo) there is no provision on the bindingness of the panel report. With a general approach, I consider that it is possible to get rid of the problems this gap may create, by applying the general customary rules regarding arbitration practices and thus reaching the conclusion that arbitration decisions are binding.

(3) Concrete and effective implementation rules are not provided in a significant part of FTAs. In the FTAs with diplomatic procedures and some of the FTAs with quasi-judicial procedures, it is striking that the implementation and sanctioning issues are addressed insufficiently or not at all. This renders the resolution procedures practically meaningless. In contrast, detailed implementation provisions are included in other group of FTAs such as Chile, Korea, Malaysia, Singapore, UK, revised EFTA and revised Bosnia-Herzegovina FTAs. Nevertheless, considering FTAs are bilateral agreements, there are no collective coercion mechanisms to ensure the losing party to fulfill the findings of the binding panel report.

(4) The competition of jurisdiction issue has not been adequately addressed. This situation has the potential to create a conflict of jurisdiction especially between FTAs and WTO mechanisms. The fact that FTA mechanisms are not preferred in practice has prevented a conflict of jurisdiction from occurring until today.

(5) As from Chilean FTA, provisions regarding the selection of forum have begun to enter the FTAs, which has caused another problem in some FTAs. FTAs often contain a statement that if one forum is selected, the other will be excluded. At this point, a situation arises that is open to interpretation as to whether the other forum is disabled simultaneously, sequentially or permanently. While some FTAs eliminate this potential problem by providing explicit rules, some others remain silent about it.

(6) It is reported that RTAs' settlement mechanisms are not used very frequently and effectively for various reasons despite the increase in their number and sophistication.<sup>71</sup> Paradoxically, with the increase in the number of RTAs, states prefer the WTO mechanism more than the RTA mechanisms in solving their disputes.<sup>72</sup> This is true for Turkish FTAs, as well. According to the information open to public, none of the dispute resolution mechanisms of 22 existing FTAs have been used so far. Preferring WTO mechanisms instead of FTAs renders their resolution procedures dysfunctional and prevents their development and

---

<sup>71</sup> McDOUGALL, p. 1.

<sup>72</sup> CHASE / YANOVICH / CRAWFORD / UGAZ, p. 6.



maturation. This situation weakens the applicability of FTA provisions, as well. This subject, which cannot be detailed here, is worth another study.

(7) Finally, there are no transparency tools and database that allow tracking the resolution of disputes. For this reason, it is not possible for most RTAs to follow up the disputes and resolution processes handled by their procedures. It is the case for Turkish FTAs, as well. Therefore, we do not have the opportunity to evaluate the effectiveness of FTA settlement mechanisms. Within this limitation, no dispute has been identified so far, which has been dealt with in accordance with the legal procedures of the resolution mechanism of an FTA. However, it is presumed that consultation mechanisms are effectively used in the relevant FTA's political bodies.

**ABBREVIATIONS**

DSU	WTO Dispute Settlement Understanding
DSB	WTO Dispute Settlement Body
EFTA	European Free Trade Association
EU	European Union
FTA	Free Trade Agreement
GATT	WTO General Agreement on Tariffs and Trade
ICJ	International Court of Justice
MFN	Most-Favored Nation
NAFTA	North American Free Trade Agreement
PCA	Permanent Court of Arbitration
RTA	Regional Trade Agreement
UK	The United Kingdom
UNCITRAL	United Nations Commission on International Trade Law
VCLT	1969 Vienna Convention on Law of Treaties
WTO	World Trade Organization

## BIBLIOGRAPHY

- CHASE, Claude / YANOVICH, Alan / CRAWFORD, Jo-Ann / UGAZ, Pamela, "Mapping of dispute settlement mechanisms in regional trade agreements: Innovative or variations on a theme?", WTO Staff Working Paper, No. ERSD-2013-07, Geneva, World Trade Organization (WTO), 2013.
- CROSS-BORDER TRUCKING SERVICES, NAFTA Chapter 20 Panel Report, USA-MEX-98-2008-01, 2001.
- EC – CHICKEN CUTS (European Communities – Customs Classification of Frozen Boneless Chicken Cuts), WTO Appellate Body Report, WT/DS269/AB/R, 2005.
- GALLAGHER, Peter, Guide to Dispute Settlement, The Hague, Kluwer Law International, 2002.
- INDONESIA – AUTOS (Indonesia – Certain Measures Affecting the Automobile Industry), WT/DS54/R, WT/DS55/R, WTDS59/R, WTDS64/R, 1998.
- INTERNET: [www.icj-cij.org](http://www.icj-cij.org) (International Court of Justice)
- INTERNET: [www.resmigazete.gov.tr](http://www.resmigazete.gov.tr) (Turkish Official Journal)
- INTERNET: [www.ticaret.gov.tr](http://www.ticaret.gov.tr) (Turkish Ministry of Trade)
- INTERNET: [www.wto.org](http://www.wto.org) (World Trade Organization)
- KOREA – PROCUREMENT (Korea – Measures Affecting Government Procurement), WTO Panel Report, WT/DS163/R, 2000.
- LAGRAND CASE (Germany v. United States of America), Judgement of International Court of Justice of 27 June 2001, 2001.
- McDOUGALL, Robert, Regional Trade Agreement Dispute Settlement Mechanisms: Modes, Challenges and Options for Effective Dispute Resolution, Geneva, International Centre for Trade and Sustainable Development (ICTSD) and the Inter-American Development Bank (IDB), 2018.
- MACNAIR, Arnold Duncan, The Law of Treaties, Oxford, Clarendon Press, 1961.
- MITCHELL, Andrew / LOCKHART, Nicolas, "Legal Requirements for PTAs under the WTO", Bilateral and Regional Trade

Agreements, LESTER, Simon / MERCURIO, Bryan (Eds.), New York, Cambridge University Press, 2009, pp. 81-113.

MITCHELL, Andrew / VOON, Tania, "PTAs and Public International Law", *Bilateral and Regional Trade Agreements*, LESTER, Simon / MERCURIO, Bryan (Eds.), New York, Cambridge University Press, 2009, pp. 114-140.

PORGES, Amelia, "Dispute Settlement", *Preferential Trade Agreement Policies for Development*, CHAUFFOUR, Jean-Pierre / MAUR, Jean-Christophe (Eds.), Washington D.C., The World Bank, 2011, pp. 467-501.

SMITH, James McCall, "The Politics of Dispute Settlement Design: Explaining Legalism in Regional Trade Pacts", *International Organization*, Vol. 54, No. 1, 2000, pp. 137-180.

VAN DEN BOSSCHE, Peter / ZDOUC, Werner, *The Law and Policy of the World Trade Organization*, Third Edition, Cambridge, Cambridge University Press, 2013.

US – GAMBLING (United States – Measures Affecting the Cross-Border Supply of Gambling and Betting Services), WTO Appellate Body Report, WT/DS285/AB/R, 2005.

## TÜRK VE ALMAN MEDENİ USUL HUKUKUNA GÖRE DAVALARIN YIĞILMASI DURUMUNDA KANUN YOLU PARASAL SINIRI

Dr. Öğr. Üyesi Osman DURAN\*

### Öz

Türk ve Alman medeni usul hukuklarında, davacının aynı davalıdan birden fazla alacağını aynı dava dilekçesiyle birleştirerek talep edebileceği kabul edilmektedir (HMK m. 110, dZPO 260). Hukuk Muhakemeleri Kanunu (HMK) ve Alman Medeni Usul Kanunu (deutsche Zi-vilprozessordnung: dZPO), kanun yoluna başvurulabilecek kararları hem istinaf (HMK m. 341; dZPO m. 511) hem de temyiz dereceleri (HMK m. 361, 362; dZPO m. 542, 543, 544) için ayrı ayrı düzenlemiştir. Zikredilen kanunlarla, kanun koyucular her türlü kararların kanun yoluna taşınmasına izin vermek istememişlerdir. Miktar ve değere tabi malvarlığına ilişkin davalarda da kanunlarla parasal sınırlar koyulmuştur.

Alman medeni usul hukukunda davaların yığılması durumunda, kanun yolu parasal sınırının nasıl belirlenmesi gerektiği konusunda görüş birliği vardır. Buna göre, davaların yığılması durumunda yığılan taleplerin tümünün toplamı esas

\* Dr. Öğr. Üyesi, Sivas Cumhuriyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku Anabilim Dalı, Sivas, Türkiye ☉ Asst. Prof., Sivas Cumhuriyet University Faculty of Law, Department of Civil Procedure and Bankruptcy Enforcement Law, Sivas, Turkey.

✉ osmandurann@gmail.com • ORCID 0000-0001-5947-2780

➤ **Atıf Şekli** | Cite As: DURAN Osman, "Türk ve Alman Medeni Usul Hukukuna Göre Davaların Yığılması Durumunda Kanun Yolu Parasal Sınırı", *SÜHFD.*, C. 30, S. 4, 2022, s. 2005-2031.

➤ **İntihal** | Plagiarism: Bu makale intihal programında taranmış ve en az iki hakem incelemesinden geçmiştir. | This article has been scanned via a plagiarism software and reviewed by at least two referees.

➤ Bu eser Creative Commons Atıf-GayriTicari 4.0 Uluslararası Lisansı ile lisanslanmıştır. | This work is licensed under Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License.

alınacaktır. Ancak Türk medeni usul hukukunda görüş birliği mevcut değildir. Hem doktrin hem de yargı kararlarında görüş ayrılığı mevcuttur. Çalışmamızda bu konudaki doktrin ve yargı kararlarına değinilerek bir sonuca ulaşmaya çalışılmıştır.

Ayrıca Türk ve Alman medeni usul hukuklarında davaların ayrılmasıyla bağlantısı ele alınarak, ayırma kararının kanun yolu parasal sınırına etkisine değinilmeye çalışılmıştır.

### **Anahtar Kelimeler**

Davaların yığılması • Kanun yolu parasal sınırı • Davaların ayrılması • Ara karara karşı kanun yoluna başvuru • Ayırma kararının kanun yoluna başvuru hakkına etkisi

## **MONETARY LIMIT ON LEGAL REMEDY ABOUT JOINDER OF CLAIMS IN TERMS OF TURKISH AND GERMAN CIVIL PROCEDURE LAWS**

### **Abstract**

In Turkish and German Civil Procedure Laws, it is accepted that the plaintiff can claim more than one claim from the same defendant by combining them with the same lawsuit petition (HMK art. 110, dZPO art. 260). HMK and dZPO have regulated the decisions that can be appealed separately for both the degrees of appeal and cassation (HMK m. 341, 361, 362; dZPO m. 511, 542, 543, 544). In other words, the laws did not want to allow all kinds of decisions to be brought to legal remedy. Laws also set monetary limits in cases related to property subject to amount and value.

In German Civil Procedure Law, there is a consensus on how the monetary limit of remedies should be determined in the event of join-der of claims. Accordingly, in the event of joinder of claims the sum of all the joined claims shall be taken as the basis. However, there is no consensus in Turkish Civil Procedure Law. There is a difference of opinion in both doctrine and judicial decisions. In our study, it has been tried to reach a conclusion by referring to the doctrine and judicial decisions on this issue.

In addition, in Turkish and German Civil Procedure Laws by considering the connection of the cases with the separation, the effect of the separation decision on the monetary limit of the legal remedy has been tried to be explained.

## Key Words

Joinder of claims • Legal remedy monetary limit • Separation of cases • Separation of cases • The effect of the separation decision on the right to take legal action

## GİRİŞ

Dava birleşmesi, birden fazla davanın bir yargılamada bir arada yürütülmesi olarak tanımlanmaktadır. Birden fazla davanın bir yargılamada birlikte yürütülmesi, davanın davacı veya davalı tarafından birden fazla kişinin yer almasından kaynaklanabileceği gibi (ki bu duruma sübjektif dava yığılması denir) dava konusu taleplerin birden fazla olmasından da kaynaklanabilir<sup>1</sup>. Sübjektif dava yığılması çalışmamız kapsamında değildir. Objektif dava birleşmesi ise geniş anlamda; terditli davayı, seçimlik davayı, kümülatif davayı ya da davaların yığılmasını kapsar şekilde ifade edilmektedir<sup>2</sup>. Biz sadece, davacının, aynı davalıya karşı olan, birbirinden bağımsız birden fazla asli talebini, aynı dava dilekçesinde ileri sürebildiği objektif dava birleşmesinin bir türü olan kümülatif davayı diğer bir ifadeyle davaların yığılmasını, daha fazla kavram tartışmalarına girmeden<sup>3</sup> çalışmamız kapsamında ele alacağız.

- 
- <sup>1</sup> Bulut, Uğur, *Medenî Usûl Hukukunda Davaların Yığılması (Objektif Dava Birleşmesi)*, Adalet Yayınevi, Ankara 2017, s. 5-6; Kırtıloğlu, S. Serhat, "Medeni Yargılama Hukukunda Objektif Dava Birleşmesi", EÜHFD, C. XVIII, S. 3-4, 2014, (sa. 133-172), s. 133.
  - <sup>2</sup> Bulut, s. 10; Kırtıloğlu, s. 133-134; Çiftçi, Murat Özgür, *Medeni Yargılama Hukukunda İstinaf*, İstanbul 2011, s. 857 vd; Rosenberg, Leo/ Schwab, Karl Heinz/ Gottwald, Peter, *Zivilprozessrecht*, 18. Auflage, München 2018, s. 584-585; Prütting, Hanns/ Gehrlein, Markus/ Geisler, Herbert, *ZPO Kommentar*, 1. Auflage, Köln 2010, § 260, kn. 4-7; Alangoya, Yavuz/ Yıldırım, M. Kamil/ Deren- Yıldıırım, Nevhis, *Medeni Usul Hukuku Esasları*, 8. Baskı, İstanbul 2011, s. 129, dipnot 5. Dar veya basit anlamda ise, sadece davaların yığılmasını ifade etmek için kullanılmaktadır (Bulut, *Davaların Yığılması*, s. 10-11). Ayrıca bak, Aksoy, Elif, "Objektif Dava Birleşmesi", *TBBD*, Y. 27, S. 117, 2015, (sa. 201-232), s. 202.
  - <sup>3</sup> Kavram tartışmaları hakkında ayrıntılı bilgi için bakınız, Bulut, s. 5 vd; Aksoy, s. 202; Kırtıloğlu, s. 135 vd; Basım, Aybüke, "Kısmi Dava, Belirsiz Alacak Davası ve Manevi Tazminat Taleplerinin Bu Davalara Konu Olup Olamayacağı Sorunu", *AÜHFD*, C. 65, S. 4, 2016, (sa. 2685-2723), s. 2688; Ansay, Sabri Şakir, *Hukuk Yargılama Usulleri*, 7. Baskı, Ankara 1960, s. 83; Bilge, Necip/ Önen, Ergun, *Medeni Yargılama Hukuku*

Davaların yığılması, hem HMK hem de dZPO açıkça düzenlenmiştir. HMK m. 110 davaların yığılmasını "*Davacı, aynı davalıya karşı olan, birbirinden bağımsız birden fazla asli talebini, aynı dava dilekçesinde ileri sürebilir. Bunun için, birlikte dava edilen taleplerin tamamının aynı yargı çeşidi içinde yer alması ve taleplerin tümü bakımından ortak yetkili bir mahkemenin bulunması şarttır*" şeklinde düzenlemiştir. dZPO m. 260 ise davaların yığılmasını "*Davacının aynı davalıya karşı birden fazla talebi, farklı gerekçelere dayansa bile, dava mahkemesi tüm talepler için yetkiliyse ve aynı dava türünün kabul edilebilir olması durumunda bir davada birleştirilebilir*"<sup>4</sup> şeklinde düzenlemiştir.

Çalışmamızda davaların yığılmasının şartları incelenmeyecektir. Sadece davaların yığılması durumunda kanun yolu parasal sınırının nasıl belirlenmesi gerektiği doktrin ve yargı kararları ışığında ele alınacaktır. Davaların ayrılması kararı da bu bağlamda ele alınarak, ayırma kararına karşı kanun yolu ve ayırma kararından sonra kanun yolu parasal sınırı ele alınmaya çalışılacaktır.

## I. KANUN YOLU PARASAL SINIRI

### A. GENEL OLARAK

HMK m. 341'de, istinaf yoluna başvurulabilecek kararları düzenlenmektedir. Buna göre; "ilk derece mahkemelerinin; nihai kararları ile ihtiyati tedbir ve ihtiyati haciz taleplerinin reddi kararları, karşı tarafın yüzüne karşı verilen ihtiyati tedbir ve ihtiyati haciz kararları, karşı tarafın yokluğunda verilen ihtiyati tedbir ve ihtiyati haciz kararlarına karşı yapılan itiraz üzerine verilen kararlarına karşı istinaf yoluna başvurulabilir (HMK m. 341/1). Ancak ilk derece mahkemesinin her nihai kararına<sup>5</sup> karşı

---

Dersleri, 3. Baskı, Ankara 1978, s. 157; Üstündağ, Saim, Medeni Yargılama Hukuku, Cilt I-II, 7. Baskı, İstanbul 2000, s. 160; Çiftçi, s. 857 vd.

<sup>4</sup> Maddenin Almanca metni: "*Mehrere Ansprüche des Klägers gegen denselben Beklagten können, auch wenn sie auf verschiedenen Gründen beruhen, in einer Klage verbunden werden, wenn für sämtliche Ansprüche das Prozessgericht zuständig und dieselbe Prozessart zulässig ist*".

<sup>5</sup> Kanun yola parasal sınırının geçici hukuki koruma kararlarına karşı istinaf başvurusunda geçerli olup olmayacağı tartışmalıdır. Bir görüşe göre, bu durumda parasal sınır aranmaz (Çiftçi, s. 96-97). Diğer bir görüşe göre ise, ihtiyati tedbir, ihtiyati haciz taleplerinin reddi ve bu taleplerin kabulü hâlinde, itiraz üzerine verilecek kararlara



istinaf yoluna başvurulamaz<sup>6</sup>. Malvarlığına ilişkin davalarda<sup>7</sup> istinafa başvurulabilmesi için belirli bir parasal sınırın aşılması gerekir<sup>8</sup>. Bölge adliye mahkemesi hukuk dairelerinden verilen temyizi kabil nihai kararlar ile hakem kararlarının iptali talebi üzerine verilen kararlara karşı tebliğ tarihinden itibaren iki hafta içinde temyiz yoluna başvurulabilir (HMK m. 361/1). Ancak yine bölge adliye mahkemesinin tüm kararlarına karşı temyiz yoluna başvurulamaz. Malvarlığına ilişkin davalarda<sup>9</sup> istinafa başvurulabilmesi için belirli bir parasal sınırın aşılması gerekir (HMK m. 362/1-a)<sup>10</sup>.

---

karşı istinaf yoluna başvurulmasında da, dava konusunu malvarlığı hakları oluşturuyor ise, parasal sınır dikkate alınmalıdır (Kurt Konca, Nesibe/ Damar, Ceren, "İş Yargısında İstinaf Kanun Yolu", TBBB, Y. 29, S. 125, 2016, (sa. 187-230), s. 206).

- <sup>6</sup> Akkaya, Tolga, Medeni Usul Hukukunda İstinaf, Yetkin Yayınları, Ankara 2009, s. 115.
- <sup>7</sup> Malvarlığına ilişkin olmayan davalar bakımından ise Kanunda bir sınırlama yapılmadığından HMK m. 341/1'deki hüküm dikkate alınarak bu konudaki ilk derece mahkemesi kararlarına karşı istinaf yoluna başvurulabilir (Özekes, Muhammet, "§ 19. Kanun Yolları", İçinde Pekcanitez Usul Medeni Usul Hukuku (Ed: Hakan Pekcanitez/ Muhammet Özekes/ Mine Akkan/ Hülya Taş Korkmaz), Cilt 3, 15. Baskı, İstanbul 2017, s. 2205).
- <sup>8</sup> Akkaya, s. 115; Akil, Cenk, İstinaf Kavramı, Yetkin Yayınları, Ankara 2010, s. 338; Özekes, "§ 19. Kanun Yolları", s. 2204. Manevi tazminat davalarında verilen kararlara karşı, miktar veya değere bakılmaksızın istinaf yoluna başvurulabilir (HMK m. 341/2).
- <sup>9</sup> Dava konusu para olmayan veya para ile değerlendirilemeyen davalara ilişkin hükümler de miktar ve değer sınırlaması olmaksızın temyiz edilebilir (Özekes, "§ 19. Kanun Yolları", s. 2280).
- <sup>10</sup> Özekes, "§ 19. Kanun Yolları", s. 2279. Manevi tazminat davaları bakımından istinaf için geçerli olan HMK m. 341/2'ye benzer bir hüküm, temyiz kanun yolunu düzenleyen hükümler arasında yer almamaktadır. Dolayısıyla manevi tazminat davaları bakımından da temyiz yoluna başvurulabilmesi için parasal sınırın aşılması gerekir. Yargıtay'ın da aynı yönde kararları vardır, Y.10HD., 26.10.2021 T., 2020/9070 E., 2021/12903 K. (Kazancı İçtihat Bilgi Sistemi, ET. 03.10.2022).

Kanun yolu (istinaf ve temyiz) parasal sınırları, Bölge Adliye Mahkemesi ve Yargıtay'ın iş yükünün hafifletilmesi<sup>11</sup> ve davaların uzamasının önüne geçilmesi amaçlarını taşır<sup>12</sup>.

HMK için bu parasal sınırlar, 01.01.2022'den itibaren geçerli olmak üzere yeniden değerlendirme oranında artırılması sonucu (HMK m. Ek Madde 1/1) istinaf için sekiz bin Türk Lirası, temyiz için yüz yedi bin doksan Türk Lirasıdır<sup>13</sup>. Sonuç olarak miktar veya değeri sekiz bin Türk Lirasını geçmeyen malvarlığı davalarına ilişkin ilk derece mahkemesi kararları ile miktar veya değeri yüz yedi bin doksan Türk Lirasını (bu tutar dâhil) geçmeyen davalara ilişkin Bölge Adliye Mahkemesi kararları kendidir, kanun yoluna başvurulamaz<sup>14</sup>. Alman medeni usul hukukunda ise bu parasal sınırlar genel olarak istinaf için 600 Euro (dZPO 511/2-1) ve temyiz için 20.000 Euro (dZPO 544/2-1) olarak düzenlenmiştir.

## **B. DAVALARIN YİĞİLMASI DURUMUNDA KANUN YOLU PARASAL SINIRI**

### **1. Türk Medeni Usul Hukukundaki Durum**

#### **a. Davaların Başlangıçta Birlikte Açılması Durumunda Kanun Yolu Parasal Sınırı**

Türk medeni usul hukukunda, davaların yığılması durumunda kanun yolu parasal sınırının nasıl hesaplanması gerektiği konusunda HMK'da açık özel bir hüküm yoktur. Bu durumda her bir talep ayrı ayrı

---

<sup>11</sup> Özbay, İbrahim, "6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanununa Göre İstinaftan Sonraki Temyiz Sistemimizde Temyiz Edilebilen ve Edilemeyen Kararlar", İÜHFMD C. LXIX, S. 1-2, 2011, (sa. 411-438), s. 424; Söyler, Yasin/ Yılmaz, Muhammet, "Temyiz Kanun Yolunda Uygulanan Parasal Sınırın Her Yıl Artırılmasının Görülmekte Olan İdari Davalara Etkisi", SÜHFD, C. 29, S. 3, 2021, (sa. 2131-2168), s. 2134.

<sup>12</sup> Özbay, s. 424.

<sup>13</sup> İcra mahkemesi kararlarına karşı istinaf ve temyize başvurabilmek için geçerli olan parasal sınırlar bakımından HMK değil de, İİK m. 363/1 ve 634/1 hükümleri uygulanacaktır. İİK için bu parasal sınırlar, 01.01.2022'den itibaren geçerli olmak üzere yeniden değerlendirme oranında artırılması sonucu (İİK m. Ek Madde 1/1) istinaf için on sekiz bin yedi yüz on Türk Lirası, temyiz için yüz yedi bin doksan Türk Lirasıdır. İş mahkemesi kararlarına karşı istinaf ve temyize başvurabilmek için geçerli olan parasal sınırlar bakımından HMK hükümleri uygulama bulacaktır (İŞMK m. 7/3).

<sup>14</sup> Ayrıntılı bilgiler için bakınız, Özeker, "§ 19. Kanun Yolları", s. 2203, 2204, 2279; Kuru, Baki, Hukuk Muhakemeleri Usulü, Cilt 5, 6. Baskı, İstanbul 2001, s. 4509 vd.

mı yoksa tüm talepler toplamı mı esas alınacaktır<sup>15</sup>? Bu konuda doktrinde farklı görüşler ileri sürülmüştür.

İleri sürülen bir görüşe göre, davaların yığılması olarak ileri sürülen taleplerin tümü kanun yoluna götürülebiliyorsa, kanun yolu sınırının da talepler toplamına göre belirlenmesi gerekir<sup>16</sup>. Çünkü kanun yolu sınırı, dava konusunun miktar ve değerine göre belirlenecektir<sup>17</sup>. Bunun sonucu olarak, davaların yığılmasına konu olan bir talep tek başına kanun yolu parasal sınırını aşmamasına rağmen yığılan taleplerin parasal değeri toplandığında kanun yolu parasal sınırını aşıyorsa söz konusu talepler birlikte kanun yoluna taşınabilir, kanun yoluna başvurabilme bakımından hepsi esas alınır<sup>18</sup>. Bu yığılan taleplerin dava sebeplerinin farklı olmasının sonucu bir etkisi yoktur<sup>19</sup>.

İleri sürülen diğer bir görüşe göre ise, davaların yığılmasına konu usuli taleplerin her biri bağımsız birer dava olduğuna göre, bizatihi bu davaların aynı yargılamaya konu edilmesi kanun yolu sınırının tespitinde etkili olmamalı ve her bir davaya konu kararın münferit değeri dikkate alınmalıdır<sup>20</sup>. Çünkü mahkeme, her bir dava için tahkikatı ortak yürütse de, sonuçta her bir dava için birbirinden bağımsız ve ayrı ayrı hükümler kurmaktadır. Her bir dava ayrı ayrı açıldığı takdirde, bu davalarda verilen kararlar kanun yolu parasal kesinlik sınırının altındaysa, verildiği anda kesinleşecektir. Fakat aynı davalar davaların yığılması şeklinde açılır ise, bu dava hakkında verilen kararlar, eğer yukarıda ileri sürülen birinci görüş kabul edilirse, verildiği anda kesin olmayacaktır<sup>21</sup>.

Bu konuda Yargıtay'ın ise yukarıda belirtilen iki farklı görüş doğrultusunda da kararları vardır.

---

<sup>15</sup> Bulut, s. 434.

<sup>16</sup> Ansay, s. 83; Bilge/ Önen, s. 157; Aksoy, s. 219.

<sup>17</sup> Aksoy, s. 219.

<sup>18</sup> Ansay, s. 83.

<sup>19</sup> Ansay, s. 83; Bilge/ Önen, s. 157.

<sup>20</sup> Bulut, s. 436-437; Kırtıloğlu, s. 165-166; Çiftçi, s. 68-71.

<sup>21</sup> Çiftçi, s. 70, 860.

Yargıtay, bazı kararlarında "objektif dava birleşmesinin söz konusu olduğu durumda, görev yönünden nasıl toplam dava değeri esas alınıyor ve harçta bu değer üzerinden tahsil ediliyor ise temyiz edilebilirlik sınırının da toplam değer üzerinden belirlenmesi gerektiği" yönünde görüş bildirmektedir<sup>22</sup>. Yargıtay, bu görüş doğrultusunda farklı ifadelerle, " Objektif dava birleşmesi olarak adlandırılan durumda taleplerin her biri ayrı dava olmakla birlikte, görünüşte tek bir hüküm bulunduğundan kesinlik sınırının tespiti için elatmanın önlenmesi ve ecrimisil istemlerine yönelik dava değerlerinin toplanmaları ile ortaya çıkacak değer esas alınması gerekir. Başka bir anlatımla; aynı maddi ve hukuki ilişkiden doğmuş talepler aynı dava dilekçesi ile ileri sürüldüğünde dava değerinin bu iki talebin toplamı olarak değerlendirilmesi gerekir" şeklinde karar vermiştir<sup>23</sup>.

Yargıtay, bazı kararlarında ise "Her biri ayrı dava konusunu oluşturan davacı tarafın talepleri ile ilgili olarak her bir dava (talep) için verilen karar diğerinden bağımsız olduğundan temyiz kesinlik sınırının davaların toplam değerine göre değil her dava için ayrı ayrı ele alınması gerektiği" yönünde görüş bildirmektedir<sup>24</sup>. Bölge Adliye Mahkemeleri de "objektif dava birleşmesi söz konusu olup, bu durumda her talep (dava) birbirinden bağımsız olduğuna ve her

<sup>22</sup> Y.HGK., 27.01.2010 T., 4-28 E., 8 K. (Kazancı İçtihat Bilgi Sistemi, ET. 10.05.2022). Aynı yönde, Y.HGK., 30.03.2021 T., 2019/21-768 E., 2021/361 K.; Y.HGK., 21.12.2005 T., 3-742 E., 742 K.; Y.HGK., 30.04.2019 T., 2017/4-1394 E., 2019/494 K.; Y.HGK., 30.04.2019 T., 2018/1036 E., 2019/493 K.; Y.HGK., 18.04.2019 T., 2018/4-375 E., 2019/473 K. (Kazancı İçtihat Bilgi Sistemi, ET. 10.05.2022).

<sup>23</sup> Y.8HD., 10.06.2021 T., 2020/707 E., 2021/4987 K. (Kazancı İçtihat Bilgi Sistemi, ET. 10.05.2022). Aynı yönde, Y.8HD., 25.03.2021 T., 2019/2243 E., 2021/2806 K. (Kazancı İçtihat Bilgi Sistemi, ET. 10.05.2022).

<sup>24</sup> Y.23HD., 15.09.2014 T., 1779 E., 5635 K. (Kazancı İçtihat Bilgi Sistemi, ET. 10.05.2022); Aynı yönde, Y.23HD., 25.02.2014 T., 2013/7541 E., 2014/1336 K.; Y.21HD., 15.06.2020 T., 237 E., 2255 K.; Y.21HD., 17.12.2019 T., 2897 E., 7843 K.; Y.21HD., 25.11.2014 T., 13022 E., 25277 K.; Y.10HD., 19.10.2021 T., 2020/9981 E., 2021/12492 K.; Y.10HD., 21.09.2021 T., 3004 E., 10652 K.; Y.10HD., 21.09.2021 T., 2020/7210 E., 2021/10666 K.; Y.10HD., 14.09.2021 T., 2020/7559 E., 2021/10179 K.; Y.10HD., 06.07.2021 T., 2020/8842 E., 2021/9680 K.; Y.10HD., 29.06.2021 T., 1845 E., 9142 K.; Y.10HD., 08.06.2021 T., 2020/7080 E., 2021/7843 K.; Y.1HD., 01.06.2015 T., 2014/7850 E., 2015/7955 K.; Y.4HD., 20.09.2021 T., 18329 E., 5001 K.; Y.11HD., 04.10.2018 T., 2016/14880 E., 2018/6034 K. (Kazancı İçtihat Bilgi Sistemi, ET. 10.05.2022). Yargıtay 11. Hukuk Dairesi bazı kararlarında "objektif dava birleşmesinde, her dava bağımsız olup, kesinlik sınırı, toplama göre değil, her dava için ayrı ayrı ele alınması gerekmektedir" görüşünde ise de, bu kararlara

*bir talep (dava) hakkında ayrı hüküm kurulmuş bulunduğuna göre istinaf keskinlik sınırının toplama göre değil, her dava için ayrı ayrı ele alınması gerekir" ifadeleriyle bu yönde kararlar vermektedir<sup>25</sup>.*

## **b. Davaların Mahkeme Kararıyla Birleştirilmesi Durumunda**

### **Kanun Yolu Parasal Sınırı**

HMK m. 166'ya göre, aynı düzey ve sıfattaki hukuk mahkemelelerinde açılmış davalar, aralarında bağlantı bulunması durumunda, ilk davanın açıldığı mahkemede birleştirilebilir. Bu durumda da davaların yığılması durumunda olduğu gibi birden fazla talep söz konusu olacaktır. Türk hukukunda böyle bir durumda kanun yolu parasal sınırının birleştirilen her bir davanın bağımsız değerinin dikkate alınmasıyla belirleneceği ifade edilmektedir<sup>26</sup>. Yargıtay da "*Davaların birleştirilmesine karar verilmesiyle sadece davaların yargılamaları birlikte yürütülmekte olup, her dava bağımsız karakterini korumaktadır. Birleştirilen davalardan temyiz sınırı, karar düzeltme sınırı her dava için ayrı ayrı belirlenir*" görüşündedir<sup>27</sup>.

---

bakıldığında olayda objektif dava birleşmesinin söz konusu olmadığı, ihtiyari dava arkadaşlığının söz konusu olduğu görülecektir. Bu kararlar için bakınız, Y.11HD., 08.03.2021 T., 2020/2263 E., 2021/2137 K.; Y.11HD., 23.10.2019 T., 2018/5491 E., 2019/6633 K.; Y.11HD., 09.03.2009 T., 2007/13628 E., 2009/2622 K.; Y.11HD., 16.09.2019 T., 2018/3546 E., 2019/5370 K. (Kazancı İçtihat Bilgi Sistemi, ET. 10.05.2022).

<sup>25</sup> Bakınız, İzmir BAM 20HD, 08.07.2021 T., 2020/425 E., 2021/655 K.; Ankara BAM 20HD, 11.03.2021 T., 2019/1225 E., 2021/351 K.; Ankara BAM 23HD, 07.12.2017 T., 778 E., 1275 K.; Van BAM 1HD, 24.01.2020 T., 2019/124 E., 2020/43 K.; Van BAM 1HD, 21.01.2020 T., 2019/102 E., 2020/39 K.; Van BAM 1HD, 17.01.2020 T., 2019/119 E., 2020/41 K.; İstanbul BAM 9HD, 21.02.2019 T., 2017/2528 E., 2019/213 K. (Kazancı İçtihat Bilgi Sistemi, ET. 10.05.2022).

<sup>26</sup> Kuru, Cilt 5, s. 4514; Kuru, Baki, Hukuk Muhakemeleri Usulü, Cilt 3, 6. Baskı, İstanbul 2001, s. 3448; Ermenek, İbrahim, Medeni Usul Hukukunda Davaların Birleştirilmesi ve Ayrılması, Yetkin Yayınları, Ankara 2014, s. 269; Çiftçi, s. 68. HMK m. 166/4'e göre bağlantı şartı sağlanması koşuluyla, farklı davalılara karşı açılan davaların da birleştirilebileceği kabul edilmektedir (Ermenek, s. 157).

<sup>27</sup> Y.11HD., 13.10.2021 T., 2019/5242 E., 2021/6006 T. (Kazancı İçtihat Bilgi Sistemi, ET. 10.05.2022). Benzer yönde, Y.9HD., 22.06.2021 T., 6467 E., 10543 K.; Y.15HD., 14.01.2021 T., 2020/1897 E., 2021/55 K.; Y.11HD., 15.11.2021 T., 2020/3148 E., 2021/6212 K. (Kazancı İçtihat Bilgi Sistemi, ET. 10.05.2022).

Bir önceki başlık altındaki tartışmalar kanaatimizce burada da geçerlidir. Bir sonraki başlıkta görüleceği üzere Alman medeni usul hukukunda, davanın başlangıçta birlikte açılmasıyla sonradan mahkeme kararıyla birleştirilmesi durumları arasında çalışma konumuz açısından fark olmadığı belirtilmektedir. "Değerlendirme ve Görüşümüz" başlığı altında savunduğumuz hususlar bu başlık altındaki durum için de geçerlidir.

## 2. Alman Medeni Usul Hukukundaki Durum

Alman hukukunda, taleplerin birden fazla ve hepsinin kanun yolunun konusu yapılmış olması durumunda bu taleplerin tutarlarının toplanacağı, böylece toplamının dikkate alınacağı ifade edilmektedir<sup>28</sup>. Talepler arasında hukuki veya ekonomik bir bağ bulunmasa bile, bu taleplerin tutarlarının toplanacağı kabul edilmektedir<sup>29</sup>.

Dava yığılmasına benzer şekilde davaların sonradan mahkeme kararıyla birleştirilmesi durumunda da, birleştirilen taleplerinin değerinin kanun yolunun konusu yapılmış olması durumunda toplanacağı kabul edilmektedir<sup>30</sup>.

## 3. Değerlendirme ve Görüşümüz

Değerlendirmeye başlarken ilk önce HMK ve dZPO hükümlerinin lafzına bakmak gerekir. HMK m. 341/2'ye göre, "*Miktar veya değeri üç bin (sekiz bin) Türk Lirasını geçmeyen malvarlığı davalarına ilişkin kararlar kesin-dir*". Yine HMK m. 362/1-a'ya göre, "*Bölge adliye mahkemelerinin aşağıdaki kararları hakkında temyiz yoluna başvurulamaz: Miktar veya değeri kırk bin (yüz*

---

<sup>28</sup> Stein, Friedrich/ Jonas, Martin/ Althammer, Christoph, Kommentar zur Zivilprozessordnung, Band 6, 22. Auflage, Tübingen 2013, § 511, kn. 37, 46; Wieczorek, Bernhard/ Schütze, Rolf A./ Gerken, Uwe, Zivilprozessordnung und Nebengesetze Grosskommentar, Band 7, 4. Auflage, 2013, § 511, kn. 48; Baumfalk, Walter/ Gierl, Walter, Zivilprozess, 11. Auflage, Baden-Baden 2013, s. 346; Musielak, Hans-Joachim/ Voit, Wolfgang/ Ball, Wolfgang, Zivilprozessordnung Kommentar, 19. Auflage, 2022, § 511, kn. 30; Saenger, Ingo/ Wöstmann, Heinz, Zivilprozessordnung Handkommentar, 9. Auflage, 2021, § 511, kn. 27; Stein/ Jonas/ Jacobs, § 544, kn. 7; Rosenberg/ Schwab/ Gottwald, Zivilprozessrecht, s. 839; Prütting/ Gehrlein/ Lemke, § 511, kn. 25.

<sup>29</sup> Stein/ Jonas/ Althammer, § 511, kn. 46; Saenger/ Wöstmann, § 511, kn. 27; Musielak/ Voit/ Ball, § 511, kn. 30.

<sup>30</sup> Wieczorek/ Schütze/ Smid, § 147, kn. 20; Stein/ Jonas/ Althammer, § 147, kn. 25; Braun, Johann, Lehrbuch des Zivilprozessrechts, Tübingen, 2014, s. 471.

yedi bin doksan) Türk Lirasını (bu tutar dâhil) geçmeyen davalara ilişkin kararlar". Alacağın tamamının dava edilmiş olması durumunda, kararda asıl talebinin kabul edilmeyen bölümü HMK m. 341/2 ve 362/1-a'daki istinaf ve temyiz için geçerli parasal sınırları geçmeyen taraf, istinaf veya temyiz yoluna başvuramaz (HMK m. 341/4, 362/2).

dZPO m. 511/2-1'e göre "İstinaf, itiraz konusunun değerinin 600 Euro'yu aşması durumunda caizdir"<sup>31</sup>. dZPO m. 544/2-1'e göre "Temyiz talebinin kabul edilemez olarak reddedilmesi şikâyeti, temyizle ileri sürülen itirazın değerinin 20.000 Euro'yu aşması durumunda caizdir"<sup>32</sup>.

Yukarıda iki ayrı kanunun hükümleri incelendiğinde, ne Türk hukukunda ne de Alman hukukunda, dava yığılması durumunda bu değerlerin ayrı ayrı ele alınacağı veya toplanacağına yönelik açık bir düzenleme mevcut değildir<sup>33</sup>.

Kanaatimizce HMK m. 341/2 ve 362/1-a hükümleri çalışma konumuz açısından yoruma muhtaçtır. Bu hükümler yorumlanırken iki hususa dikkat edilmesi gerekir. Kanaatimizce ilk önce, yargılamaya hâkim olan ilkeler, HMK hükümlerini yorumlarken göz önünde tutulmalıdır. Bir hükmün HMK'da düzenlenen ilkelerle çelişecek veya onlara aykırı olacak şekilde yorumlanması mümkün değildir. Söz konusu ilkeler, kanun hükümlerinin de temelini teşkil etmektedir<sup>34</sup>. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi m. 6'da düzenlenen ve Anayasa m. 36'da da kendine yer bulan adil yargılanma hakkı, yargılamaya hâkim olan ilkelerden birisidir. Adil

<sup>31</sup> Maddenin Almanca metni: "Die Berufung ist nur zulässig, wenn 1. der Wert des Beschwerdegegenstandes 600 Euro übersteigt...".

<sup>32</sup> Maddenin Almanca metni: "Die Nichtzulassungsbeschwerde ist nur zulässig, wenn 1. der Wert der mit der Revision geltend zu machenden Beschwer 20 000 Euro übersteigt...".

<sup>33</sup> Fakat Bulut, Alman Medeni Usul Kanunu'nun kanun yoluna başvuru sınırının tespitinde, kural olarak, kanun yolu başvurusunun toplam değerinin esas aldığını ifade etmektedir (Bulut, s. 436-437). Ancak biz bu görüşe katılmamaktayız.

<sup>34</sup> Erdönmez, Güray, "§ 8. Medenî Usûl Hukukuna Hâkim Olan İlkeler", İçinde Pekcanitez Usul Medeni Usul Hukuku (Ed: Hakan Pekcanitez/ Muhammet Özekes/ Mine Akkan/ Hülya Taş Korkmaz), Cilt 1, 15. Baskı, İstanbul 2017, s. 782.

yargılanma hakkının alt unsurlarından birisi mahkemeye erişim hakkıdır<sup>35</sup>. Mahkemeye erişme hakkı sadece ilk derece mahkemesine dava açma hakkını değil, eğer iç hukukta itiraz, istinaf veya temyiz gibi kanun yollarına başvurma imkânı tanınmış ise üst mahkemelere başvurma hakkını da içerir<sup>36</sup>.

Adil yargılanma hakkını düzenleyen Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi m.6, Anayasa m. 36 hükümleri ile Yargıtay'ı yüksek mahkeme olarak düzenleyen Anayasa m. 154 hükümleri bir arada değerlendirildiğinde kanaatimizce kanun yoluna başvuru hakkı (en azından Yargıtay incelemesi için) anayasal bir haktır<sup>37</sup>. Anayasada düzenlenen temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılması mümkündür. Anayasa m. 13'e göre: "*Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir*". Nitekim anayasal bir hak olan kanun yoluna başvuru hakkı da, "*yargının fonksiyon yapabilirliğinin muhafazası amacı*"<sup>38</sup> doğrultusunda sınırlandırılmaktadır. Ayrıca bu sınırlamayla, davanın diğer tarafı açısından adil yargılanma hakkının bir unsuru olan makul sürede yargılanma da sağlanmış olmaktadır.

---

<sup>35</sup> Çiçek, Erol, "*AİHS m. 6 Adil Yargılanma Hakkı ve Türk Hukukunda Uygulanması*", TBBD, Y. 20, S. 72, 2007, (sa. 234-246), s. 234; Çayan, Gökhan, "*Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında Mahkemeye Erişim Hakkı*", TAAD, Y. 7, S. 28, 2006, (sa. 238-271), s. 238.

<sup>36</sup> AİHMK, Bayar ve Gürbüz/ Türkiye, B. No: 37569/06, 27/11/2012, § 42; AYMK, Hamiyet Köseoğlu Başvurusu, B. No: 2013/1341, 21/5/2015, § 29. Alangoya, Yavuz, "*Kanun Yolunun Anayasal Temeli ve HUMK m.427 Hükmü İle Kanun Yolu Kapatılmış Olan Kararlara Karşı Kanun Yoluna Müracaat İmkânı*", 75. Yaş Günü İçin Prof. Dr. Baki Kuru Armağanı, Ankara 2004, s. 40; Akkaya, s. 43; Akil, s. 242.

<sup>37</sup> Kanun yoluna başvuru hakkının anayasal bir hak olduğunu savunan yazarlar, Alangoya, s. 40; Akkaya, s. 43; Akil, s. 242; Birtek, Fatih, Ceza Muhakemesinde İstinaf, Adalet Yayınevi, Ankara 2019, s. 102. Kanun yoluna başvurunun anayasal bir hak olmadığına yönelik görüşler için bakınız, Alangoya, s. 22 vd.; Akil, s. 226 vd. yazarlar.

<sup>38</sup> "*Mahkemelerin bütün kararlarına karşı kanun yolu tanınması, bütün kararların kontrolünü olumsuz yönde etkilediği ve hak arama hak ve hürriyetinin uygulanmasında zayıflıklar yarattığı durumlarda, hukuk devletinin temel şartı olan yargının fonksiyon görevliliğinin muhafazası göz ardı edilemez. Bu durumda bir kısıtlamaya gidilmesi anayasal açıdan caiz görülmemek gerekir*", Alangoya, s. 38, 40.



Sınırlandırmanın bir aracı olarak kanunla düzenlenen parasal sınırlar kullanılmaktadır. Dava yığılması durumunda her bir talebin değerlerinin ayrı ayrı ele alınacağı veya toplanacağına yönelik açık bir düzenleme mevcut olmadığı ve anayasal bir hak olan kanun yoluna başvuru hakkını sınırlamaya yönelik HMK m. 341/2 ve 362/1-a hükümlerini bu yönde açık bir kanun hükmü olarak göremeyeceğimiz için, kanun yolu parasal sınırını aşıp aşmadığı değerlendirilirken her bir talebin tümünün toplamı esas alınmalıdır.

İkinci olarak, yorum yapılırken yorum ilkelerine uymak gerekir. Yorum ilkeleri, hukuk kuralının kim tarafından yorumlanırsa yorumlanırsın aynı anlama ulaşmasını sağlayan ilkelerdir. Yorum ilkeleri, yorumun objektifleştirilmesi amacına yönelmiştir<sup>39</sup>. Kabul edilen yorum ilkelerinden çalışmamızla yakından ilgili iki ilkeye değinmek yerinde olacaktır. Bunlar kaideler geniş yorumlanır ilkesi ve istisnalar dar yorumlanır ilkesidir. Kaideler geniş yorumlanır ilkesi kısaca, hukuki düzenlemelerde öngörülen genel kuralların genel anlaşılması gerektiğini ifade eden bir ilkedir<sup>40</sup>. İstisnalar dar yorumlanır ilkesi ise, genel kurallara istisna oluşturan hükümlerin öngörüldükleri süre ve olaylar dışındı uygulanamayacağını ifade eder. İstisnalar dar yorumlanır ilkesi, genel hüküm olmaları nedeniyle mümkün olduğunca geniş anlaşılması gereken kaideleri değiştirmelerinden (daraltmalarından) dolayı istisnai hükümlerin kapsamının genişletilmemesi gerektiği düşüncesine dayanır<sup>41</sup>. Kaideyi değiştirme yetkisi münhasıran kaideyi koyan makama ait olduğu için, istisnayı genişletme yetkisi de münhasıran kaideyi koyan makama aittir<sup>42</sup>. Çalışma ko-

<sup>39</sup> Güneş, Ahmet M., Hukuk Metodolojisi, 3. Baskı, Bursa 2020, s. 125; Gözler, Kemal, "Yorum İlkeleri", Kamu Hukukçuları Platformu Anayasa Hukukunda Yorum ve Norm Somutlaşması, Ankara 2012, (sa. 15-105), s. 18.

<sup>40</sup> Güneş, s. 127-128; Gözler, "Yorum İlkeleri", s. 59; Gözler, Kemal, Hukuka Giriş, 18. Baskı, Bursa 2021, s. 339-341.

<sup>41</sup> Güneş, s. 127-128; Gözler, "Yorum İlkeleri", s. 59; Gözler, Hukuka Giriş, s. 339-341.

<sup>42</sup> Gözler, "Yorum İlkeleri", s. 59; Gözler, Hukuka Giriş, s. 341.

numuzla bağlantısına geçer isek: mahkeme kararlarına karşı kanun yolunun açık olması kural, kanun yollarının kapalı olması ise istisnadır<sup>43</sup>. Yukarıda<sup>44</sup> kanun yoluna başvuru hakkının anayasal bir hak olduğu görüşünde olduğumuzu belirttiğimizden dolayı kanun yolunun kapalı olmasına yönelik olan hükümler- örneğin miktar sınırı- istisnai bir hükümdür ve geniş yorumlanmamalıdır.

Sonuç olarak kanaatimizce, hukukumuzda davaların yığılması durumunda kanun yolu parasal sınırı konusunda yoruma muhtaç düzenlemeler mevcuttur. Bu yorumu yaparken yargılamaya hâkim olan ilkeler, özellikle adil yargılanma hakkı ve unsuru olan mahkemeye erişim hakkı ve yorum ilkelerinden birisi olan istisnalar dar yorumlanır ilkesi göz önünde tutmalıdır. En azından aralarında bağlantı bulunan (aynı davalıya karşı olan<sup>45</sup>) taleplerin yığılması durumunda, kanun yolu parasal sınırını aşır aşmadığı değerlendirilirken her bir talebin tümünün toplamı esas alınmalıdır<sup>46</sup>.

---

<sup>43</sup> Kuru, Cilt 5, s. 4504; Yılmaz, Ejder, İstinaf, 2. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2005, s. 84; Birtek, s. 333; Karşlı, Abdurrahim, İcra Tetkik Mercii Kararlarının Temyizi, İstanbul 1995, s. 80.

<sup>44</sup> Bakınız, dipnot 28.

<sup>45</sup> Bakınız, dipnot 19.

<sup>46</sup> "Kanaatimce biri hakkında verilecek kararın diğerini etkileyeceği anlaşılan ve bu sebeple aralarında bağlantı bulunan davalar ayrı ayrı açılrsa da birleştirilmiş olması halinde her bir davanın değerinin ayrı ayrı değil, aynen davaların yığılmasında olduğu gibi toplam miktardan temyiz sınırı belirlenmelidir. Aksi takdirde, aynı hukuki sebepten ve maddi vakiyadan doğan taleplerin ayrı ayrı dava konusu edilerek kanun yolu denetiminden kaçırılması mümkün olabilir. Bu nedenle somut olayda, her ne kadar iki ayrı davanın birleştirilmesi söz konusu ise de, her iki davanın da aynı maddi vakiyadan kaynaklanan ve aynı hukuki sebebe dayanan davalar olması nedeniyle, sırf ayrı ayrı açıldıkları gerekçesiyle temyiz denetimi dışında bırakılmasını adil yargılanma hakkına (mahkemeye erişim hakkı) aykırı bulduğumdan, temyiz talebinin miktar yönünden reddine dair çoğunluk görüşüne katılmıyorum", Y.11HD., 15.11.2021 T., 2020/3148 E., 2021/6212 K., karşı oy yazısı (Kazanıcı İçtihat Bilgi Sistemi, ET. 10.05.2022). "Anayasa'nın 36. maddesinin 1. fıkrasında, herkesin yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddiada bulunma ve savunma hakkına sahip olduğu belirtilmiştir. Dolayısıyla mahkemeye erişim hakkı, Anayasa'nın 36. maddesinde güvence altına alınan hak arama özgürlüğünün bir unsurudur. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (Sözleşme) 6. maddesinin 1. fıkrasında; "Herkes medeni hak ve yükümlülükleri ile ilgili uyuşmazlıklar...konusunda karar verecek olan,...bir mahkeme tarafından davasının...görülmesini istemek hakkına sahiptir..." yönünde düzenleme bulunduğu görülmektedir. Anayasa Mahkemesi'nin bir kararında da "...Mahkemeye erişim hakkı, bir uyuşmazlığı mahkeme önüne taşıyabilmek ve

## II. DAVALARIN YIĞILMASI DURUMUNDA DAVALARIN AYRILMASI VE KANUN YOLU BAŞVURUSUNA ETKİSİ

### A. DAVALARIN YIĞILMASI DURUMUNDA DAVALARIN AYRILMASININ ŞARTLARI

Burada sadece birlikte, davaların yığılması şeklinde açılmış davaların ayrılması üzerinde durulacaktır<sup>47</sup>. Bilindiği üzere davacı, aynı davalıya karşı olan, birbirinden bağımsız birden fazla asli talebini, aynı dava

*uyuşmazlığın etkili bir şekilde karara bağlanmasını isteyebilmek anlamına gelmektedir. Kişinin mahkemeye başvurmasını engelleyen veya mahkeme kararını anlamsız hale getiren, bir başka ifadeyle mahkeme kararını önemli ölçüde etkisizleştiren sınırlamalar mahkemeye erişim hakkını ihlâl edebilir (... .. B. No: 2012/791, 07/11/2013, § 52)" şeklinde tespitlere yer verilmiştir. Mahkemeye erişim hakkı sadece ilk derece mahkemesine dava açma hakkını değil eğer iç hukukta itiraz, istinaf veya temyiz gibi kanun yollarına başvurma imkânı tanınmış ise üst mahkemelere başvurma hakkını da içerir (... ve .../Türkiye, B. No: 37569/06, 27.11.2012, § 42). 14.Belirtmek gerekir ki asıl olan kanun yoluna başvurudur. Buradaki sınırlamalar ise ölçülü olmalı ve erişim hakkını önemli ölçüde etkisizleştirmemelidir. Aynı vakiya dayalı birden fazla talebin veya aynı vakia nedeni ile aynı davada talepte bulunanların ayrı ayrı kesinlik sınırına tabi tutularak mahkemeye erişim hakkının sınırlandırılması, kusur veya maluliyet oranının farklı farklı belirlenmesine neden olacak ve erişim hakkını etkisizleştirecektir. Diğer taraftan somut uyuşmazlıkta olduğu gibi protokol veya ibraname ile ödenen miktar manevi tazminatı da kapsayabilir. 15.Somut olayda davacı aynı olaydan kaynaklanan zarar nedeniyle davalıya karşı olan birden fazla talebini (maddi ve manevi tazminat) aynı davada birleştirmiştir. Objektif dava birleşmesi olarak adlandırılan bu durumda taleplerin her biri ayrı dava olmakla birlikte, görünüşte tek bir hüküm bulunduğundan temyizde kesinlik sınırının tespiti için temyiz edilen maddi ve manevi tazminat tutarlarının toplamı esas alınmalıdır. 16.Aynı ilkeler Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 18.09.2019 tarih ve 2018/4-375 Esas, 2019/473 Karar, 30.04.2019 tarih ve 2017/4-1394 Esas, 2019/494 Karar ve 30.03.2021 tarih ve 2019/(21)10-768 Esas, 2021/361 Karar sayılı ilamlarında kabul edilmiştir. 17.Sonuç itibari ile somut uyuşmazlıkta davalı tarafın temyiz isteminin manevi tazminat yönünden kesinlik sınırından reddi isabetli olmamıştır. Maddi tazminat hakkında verilen hüküm gibi toplam alındığında temyiz incelemesi yapılması ve esasına girilmesi gerekirdi. Bu nedenle çoğunluğun kesin olduğu görüşüne katılmamıştır.", Y.10HD., 21.09.2021 T., 2020/7210 E., 2021/10666 K., karşı oy yazısı (Kazancı İçtihat Bilgi Sistemi, ET. 10.05.2022). Aynı yönde, Y.10HD., 21.09.2021 T., 3004 E., 10652 K., karşı oy yazısı; Y.10HD., 14.09.2021 T., 2020/7559 E., 2021/10179 K., karşı oy yazısı (Kazancı İçtihat Bilgi Sistemi, ET. 10.05.2022).*

<sup>47</sup> Sonradan mahkeme kararıyla birleştirilmiş davaların ayrılmasının koşulları hakkında ayrıntılı bilgiler için bakınız, Ermenek, s. 168 vd; Kuru, Cilt 3, s. 3399 vd. Yine burada sadece şartları tam olan davaların yığılması şeklinde açılan davaların ayrılması incelenecektir. Şartları oluşmadığı halde birlikte açılmış davaların ayrılması hakkında ayrıntılı bilgiler için bakınız, Ermenek, s. 168 vd; Bulut, s. 313 vd, 339 vd;

dilekçesinde ileri sürebilir (HMK m. 110). Davacının, birden fazla asli talebini ileri sürebilmesi için bu talepler arasında bağlantı (HMK m. 166) bulunmasına gerek yoktur<sup>48</sup>. Çünkü bu davada taleplerden her biri ekonomik bakımdan farklı edaları hedef tutmaktadır<sup>49</sup>.

Davaların yığılması durumunda, talepler arasında bağlantının aranmaması nedeniyle, "*davaların aynı veya birbirine benzer sebeplerden doğması ya da biri hakkında verilecek hükmün diğerini etkileyecek nitelikte bulunma*(ma)sı (HMK m. 166/4)", bu davalar bakımından ayrılma kararı verilmesinin gerekçesi olamaz. Davaların yığılması şeklinde birlikte açılan davalar, ancak usul ekonomisi gereği "*yargılamanın iyi bir şekilde yürütülmesini sağlamak için* (HMK m. 167)" mahkeme tarafından ayrılabilir<sup>50</sup>.

## **B. DAVALARIN AYRILMASI KARARINA KARŞI KANUN YOLUNA BAŞVURULMASI**

Mahkeme yukarıda belirttiğimiz şartlar oluştuğu takdirde, davaların yığılması şeklinde açılan davayı ayırabilir. "*Bu durumda mahkeme, ayrılmasına karar verilen davalara bakmaya devam eder* (HMK m. 167)". Mahkemenin davaların ayrılması kararı üzerine, her dava için ayrı bir dosya açılır ve her davaya ayrı bir dosya (esas) numarası verilir<sup>51</sup>.

Mahkemenin bu ayırma kararının niteliğinin ne olduğunu tespit etmek gerekir. Dava yığılması durumunda kanun yolu parasal sınırının tespitinde her bir talebin toplamının esas alınması görüşünü benimsediğimiz için, ayırma kararıyla birlikte başlangıçta kanun yoluna başvurulabilecek mahkeme kararı, ayırma kararı sonrası (her biri ayrı dava olacağı için) kanun yolu parasal sınırının altında kalıp, kanun yolu kapalı hale gelebilir. Ayırma kararının niteliği tespit edilerek, bu karara karşı tek ba-

---

Kuru, Baki, Hukuk Muhakemeleri Usulü, Cilt 2, 6. Baskı, İstanbul 2001, s. 1501; Kuru, Cilt 3, s. 3394.

<sup>48</sup> Kuru, Cilt 2, s. 1498; Ermenek, s. 169; Bulut, s. 47 vd. Bağlantı şartı dışında davaların yığılması için gerekli diğer şartlar hakkında ayrıntılı bilgiler için bakınız, Kuru, Cilt 2, s. 1498 vd; Bulut, s. 179 vd.

<sup>49</sup> Ermenek, s. 169.

<sup>50</sup> Ermenek, s. 169; Bulut, s. 48, 336 vd; Kuru, Cilt 3, s. 3398.

<sup>51</sup> Kuru, Cilt 3, s. 3405.

şına kanun yoluna başvurulup başvurulamayacağı ortaya koyulur. Mahkemenin davaların ayrılmasına yönelik kararının, taraflar arasındaki uyumsuzluğu esastan çözümlenen, esasa ilişkin bir karar olmadığı ifade edilmektedir<sup>52</sup>. Ayrıca bu kararın, nihai bir karar olmadığı, bilakis ara karar olduğu da ifade edilmektedir<sup>53</sup>. HMK, kanun yollarını sadece nihai kararlara karşı kabul ettiği için, ara kararlara karşı kural olarak<sup>54</sup> tek başına başvurulabilecek bir kanun yolu öngörmemiştir<sup>55</sup>. Ancak bundan ara kararların kanun yolu denetimi dışında kaldığı anlaşılmamalıdır. Sadece yargısal faaliyetin işleyişini kolaylaştırmak ve denetimi etkin kılmak amacıyla, ara kararların kanun yolu denetimi daha sonraki bir zaman dilimine ertelenmektedir<sup>56</sup>. Bunun sonucu olarak mahkemenin davaları ayırma

<sup>52</sup> Kuru, Cilt 3, s. 3403.

<sup>53</sup> Kuru, Cilt 3, s. 3404; Çiftçi, s. 551; Muşul, Timuçin, "Medeni Usul Hukukunda Ara Kararlar", DÜHFD, Y. 1988, S. 4, 1988, (sa. 217-262), s. 246; Özeker, Muhammet, "§ 13. Tahkikat", İçinde Pekcanitez Usul Medeni Usul Hukuku (Ed: Hakan Pekcanitez/ Muhammet Özeker/ Mine Akkan/ Hülya Taş Korkmaz), Cilt 2, 15. Baskı, İstanbul 2017, s. 1453; Ulukapı, Ömer, Medeni Usul Hukukunda Dava Arkadaşlığı, Konya 1991, s. 228; Rosenberg/ Schwab/ Gottwald, Zivilprozessrecht, s. 166.

<sup>54</sup> Kanunun açıkça öngördüğü hallerde ara karara karşı tek başına kanun yoluna gidilebilir (Atalı, Murat, , "§ 16. Karar ve Hüküm", İçinde Pekcanitez Usul Medeni Usul Hukuku (Ed: Hakan Pekcanitez/ Muhammet Özeker/ Mine Akkan/ Hülya Taş Korkmaz), Cilt 3, 15. Baskı, İstanbul 2017, s. 1971). Ancak davaların ayrılmasında buna yönelik bir hüküm yoktur, aksine HMK m. 168 cümle 1 açıkça hükümlerle birlikte gidileceğini düzenlemektedir.

<sup>55</sup> Akcan, Recep, Usul Kurallarına Aykırılığa Dayanan Temyiz Nedenleri, Ankara 1999, s. 8, dipnot 6; Yılmaz, s. 59; Akil, s. 336; Akkaya, s. 111; Çiftçi, s. 82; Alangoya/ Yıldırım/ Deren-Yıldırım, s. 435; Muşul, s. 244; Atalı, s. 1971; Özeker, "§ 19. Kanun Yolları", s. 2204. Y.İBK., 21.02.2014 T., 2013/1 E., 2014/1 K. (RG, T. 17.04.2014, S. 28975); Y.HGK., 30.09.2021 T., 2017/19-934 E., 2021/1124 K.; Y.9HD., 30.06.2021 T., 6511 E., 11095 K.; Y.20HD., 24.06.2019 T., 2412 E., 4370 K.; Y.11HD., 01.12.2015 T., 5715 E., 12769 K. (Kazancı İçtihat Bilgi Sistemi, ET. 10.05.2022).

<sup>56</sup> Akkaya, s. 111. Ancak nihai kararlar birlikte kanun yoluna başvurulabilir (Muşul, s. 244; Özeker, "§ 19. Kanun Yolları", s. 2204). "ara kararlar tek başına temyiz edilemez, ancak asıl hükümle birlikte temyiz edilebilir.", Y.9HD., 30.06.2021 T., 6511 E., 11095 K.; Y.20HD., 24.10.2017 T., 4391 E., 8338 K.; Y.2HD., 30.01.2013 T., 126 E., 2406 K. (Kazancı İçtihat Bilgi Sistemi, ET. 10.05.2022).

kararının tek başına kanun yoluna götürülemeyeceği kabul edilmektedir<sup>57</sup>. Nitekim HMK m. 168 cümle 1, "*ayırma hususundaki ilk derece mahkemesi kararlarına karşı istinaf yoluna; bölge adliye mahkemesi kararları hakkında ise temyiz yoluna, ancak hükümlerle birlikte gidilebil(eceğini)*" açıkça düzenlemektedir.

Hukukumuzda, usuli müstesna hak teşkil etmeyen ara kararlardan mahkemenin talep üzerine veya kendiliğinden dönebileceği kabul edilmektedir<sup>58</sup>.

HMK m. 168 cümle 2, ayırma kararına karşı kanun yoluna hükümlerle gidilse bile, bunun tek başına kaldırma/ bozma sebebi teşkil etmeyeceğini ifade etmektedir. "*Şu kadar ki, bu husus tek başına, bölge adliye mahkemesinde hükmün kaldırılarak esasın incelenme; Yargıtayda ise bozma sebebi teşkil etmez* (HMK m. 168 cümle 2)". Bu duruma usule ilişkin nispi istinaf/temyiz sebepleri denilmektedir. Usul kurallarına aykırılığın istinaf/temyiz sebebi oluşturabilmesi için, usule aykırılığın verilen kararı değiştirecek nitelikte olması gerekir. Usule aykırılık olmasaydı, karar başka türlü olacak idi ise, bu hal istinaf veya temyiz nedeni olarak kabul edilebilir<sup>59</sup>. HMK m. 168 cümle 2'nin üstte belirttiğimiz lafzı, hukuka aykırı olarak ayırma kararının tek başına kararın kaldırılması veya bozulmasına neden olmayacağını ve bunun sonucu olarak nispi istinaf/ temyiz sebebi olduğunu ortaya çıkarır<sup>60</sup>.

---

<sup>57</sup> Kuru, Cilt 3, s. 3404; Akkaya, s. 200, dipnot 239; Çiftçi, s. 552; Muşul, s. 246; Özekes, "§ 13. Tahkikat", s. 1453-1454; Wieczorek/ Schütze/ Smid, § 145, kn. 56.

<sup>58</sup> Alangoya/ Yıldırım/ Deren-Yıldırım, s. 435; Muşul, s. 233 vd; Atalı, s. 1972; Ulukapı, s. 229. Y.HGK., 30.09.2021 T., 2017/19-934 E., 2021/1124 K.; Y.HGK., 22.06.2021 T., 2017/3-3179 E., 2021/806 K.; Y.21HD., 09.03.2020 T., 2019/5841 E., 2020/1530 K. (Kazancı İçtihat Bilgi Sistemi, ET. 10.05.2022).

<sup>59</sup> Akcan, s. 131-132; Akkaya, s. 203; Muşul, s. 245.

<sup>60</sup> Akcan, s. 147. Ancak Akkaya, bunu mutlak istinaf sebebi olarak görmektedir, Akkaya, s. 200.

## C. DAVALARIN AYRILMASI KARARININ KANUN YOLU PARASAL SINIRINA ETKİSİ

### 1. Genel Olarak

Mahkeme davaların yığılması şeklinde açılan davadaki yığılan talepler ayırma kararı verdiğinde, bu karar ara karar niteliğinde olacaktır ve ancak hükümlerle birlikte kanun yoluna götürülecektir. Mahkeme ayırmaya karar verdiğinde her bir talep için ayrı dosya numarası vererek bu davaları görmeye devam edecektir. Davaların ayrılmasıyla davaların derdestliğinde bir değişiklik olmazken, kanun yolu şartları her bir ayrılan dava için bağımsız olarak belirlenecektir<sup>61</sup>. Bunun sonucu olarak, görüşümüze göre davaların yığılması durumunda kanun yolu parasal sınırı tüm taleplerin toplamına göre belirleneceğinden, her bir talep davaların yığılması şeklinde açıldığında kanun yolu parasal sınırının üzerinde olacak ve kanun yolu incelemesine tabi olacakken, davaların ayrılmasıyla kanun yolu parasal sınırının altında kalabilecektir.

Davaların ayrılması kararı ara karar olduğundan, ancak hükümlerle birlikte kanun yoluna götürülebileceğinden, eğer hüküm de kanun yolu parasal sınırının altında kalırsa, kanun yolu denetiminden muaf olacaktır. Çünkü ara kararın kanun yolu denetiminden geçip geçemeyeceği, hükme tabi tutulmuştur. Çalışmamıza ışık tutacağı düşüncesiyle Alman Federal Mahkemesi'nin bu konuya ilişkin önemli bir kararına yer vermek istiyoruz.

### 2. Alman Federal Mahkemesinin 06.07.1995 Tarihli ve I ZR 20/93 Sayılı Kararı, Değerlendirme ve Görüşümüz

Alman Federal Mahkemesinin bir kararını öneminden dolayı dipnotta<sup>62</sup> ayrıntılı olarak aktarmak istiyoruz. Alman medeni usul hukukunda davaların ister başlangıçta isterse mahkeme kararıyla sonradan

<sup>61</sup> Rosenberg/ Schwab/ Gottwald, Zivilprozessrecht, s. 409; Prütting/ Gehrlein/ Lemke, § 145, kn. 1; Wiczorek/ Schütze/ Smid, § 145, kn. 57.

<sup>62</sup> "1. İstinaf mahkemesinin hükümden önce verdiği ayırma kararı, temyiz derecesinde incelenecek olan ZPO 145'in yanlış değerlendirilip ele alınmasına dayanan bir temyiz şikâyetine tabidir (burada: davacı tarafından birlikte açılıp yürütülen ve asliye hukuk mahkemesi tarafın-

dan birleşik olarak karar verilen hukuki uyumsuzluğu görünürde hiçbir somut sebep olmaksızın, bir dizi yargılama haline bölen ve hiçbirini temyizün caizliği olmaksızın kanun yoluna başvurulabilirlik için önemli olan ZPO 542'ye göre itiraz değerine ulaşmayan ayırma kararı).

2. ....

Olay: 1 Davacı, S. Deutschland GmbH'nin nakliye sigortacısı olarak, nakliye mallarının kaybı nedeniyle devredilen haklara dayanarak davalı nakliye şirketine dava açmaktadır. 1991 yılının Mayıs ve Haziran aylarında, bu şirketten her biri birkaç paketten oluşan beş sevkiyattan bir veya iki paketi davalının ara deposunda (sevkiyat deposu) kayboldu. Bu nedenle davalı, Genel Alman Nakliyeci Koşulları 54 Harf a No. 1 ile bağlantılı olarak Genel Şirket Koşulları Sayı 3.1 uyarınca, kayıp eşyanın kilogramı başına 4,45 DM tutarında tazminat ödemıştır.

2 Davacı, bu ödeme ve 94.469,53 DM tutarındaki kaybolan mallarının iddia ettiği değeri arasındaki farkı faiziyle beraber talep etmiştir.

3 Asliye hukuk mahkemesi davayı reddetmiştir.

4 Davacının istinafi üzerine istinaf mahkemesi, istinaf gerekçesinin ulaşmasından sonra hukuki uyumsuzluğu ayırma kararı verdi ve her bir gönderi 30.991.93 DM, 39.446.62 DM, 13.751.84 DM, 6.837.74 ve 3.441.40 DM tutarındaki kısmi taleplere karşılık gelen beş ayrı yargılamaya ayırdı. (18 U 199/92, 18 U 215/92, 18 U 216/92, 18 U 217/92, 18 U 218/92). Bu yargılamaların her birinde, - herhangi bir gerçek olmaksızın - davacının istinaf talebinin reddedildiğine dair hüküm verildi (bkz. OLG Düsseldorf - 18 U 199/92, TranspR 1995, 249 = VersR 1994, 625). Hüküm fıkraları, talep edilen meblağlar ve bunların hesaplanmasına ilişkin esaslar dışında, bu hükümler kelimesi kelimesine aynıdır.

5 Yargılamanın ayrılmasının etkisiz olduğunu düşünen ve ödemeyi talep eden davacının temyizi buna yöneliktir. Davalı, temyizün usulden reddini talep etmektedir.

6 Daire, temyiz derecesindeki I ZR 17/93, I ZR 18/93, I ZR 19/93, I ZR 20/93 ve I ZR 22/93 dosya numaralarını taşıyan bahsi geçen yargılamaları, ortak müzakere ve karar için I ZR 20/93 meselenin yürütümü altında birleştirmiştir.

Kararın Gerekçeleri: 7 I. Beş istinaf hükmünün hiçbirinde davacının itirazının değeri 60.000 DM'yi geçmemesine ve istinaf mahkemesi hiçbir olayda temyize izin vermemesine rağmen, temyiz kabul edilebilirdir.

8 İtiraz değerinin incelenmesinde, itiraz edilen hükümlerde istinaf mahkemesince yapılan belirlemelerden yola çıkılamaz. Aksine, asliye hukuk mahkemesi tarafından reddedilen, istinaf mahkemesinin beş hükmüyle asliye hukuk mahkemesinin kararıyla onaylanan, davacının objektif dava birleşmesi yoluyla açtığı davada 94.469,53 DM talep ettiği alacağının tutarı itiraz değeri için önemlidir. İstinaf mahkemesinin verdiği ve davacının itirazı üzerine de tekrardan kaldırılmayan yargılamanın ayrılması kararı kabul edilemezdir ve bundan dolayı hükmün kanun yoluna başvuru kabiliyeti üzerine etkisi yoktur (vgl. BGH, Urt. v. 30.10.1956 - I ZR 82/55, NJW 1957, 183; BAG AP Nr. 1 zu § 611 BGB - Gruppenarbeitsverhältnis; OLG Köln VersR 1973, 285; Stein/Jonas/Leipold, ZPO, 21. Aufl., § 145 Rdn. 8, 24; Zöl-ler/Greger, ZPO, 19. Aufl., § 145 Rdn. 7).

9 İstinaf mahkemesinin yargılamanın ayrılması hakkındaki arar kararına bağımsız olarak itiraz edilemez. Ara karar, nihai karardan önce verilmiş bir karar olarak, ancak davacının temyiz talebi üzerine temyiz yargılamasında incelemeye tabidir ((MünchKomm/Walchshöfer, ZPO, § 548 Rdn. 2; vgl. auch MünchKomm/Peters, ZPO, § 145 Rdn. 10;



OLG München NJW 1984, 2227 [OLG München 15.06.1984 - 25 W 1873/84]). İstinaf mahkemesinin kendine verilen takdir yetkisini görevleri gereği kullanıp kullanmadığının tespiti için inceleme yapılabilir. Mevcut davada, temyizde haklı olarak iddia edildiği gibi, bu reddedilmelidir. Ayırma kararıyla istinaf mahkemesi kendisine tanınan takdir yetkisini aşmıştır, yargılamanın beş ayrı davaya bölünmesi hukuki olarak etkisizdir...

10 Yargılamayı ayırmak için nesnel bir sebep yoktu. Her şekilde bu yasaktır. Yargılamaların ayrılmasının amacı, dava malzemelerini düzenlemek ve iddiaların birikmesi nedeniyle anlaşılmasını zorlaştırıyorsa daha açık hale getirmek ve ayrıca bireysel noktalardaki anlaşmazlıklar nedeniyle uzayan davalara karşı koymaktır. Kural olarak, bu takdirde bir ayırma, yalnızca dava talebinin ayrılabilir bir bölümünün diğerinden daha hızlı karara bağlanması muhtemelse uygundur. Aksi takdirde tüm dava malzemesinin tek bir duruşmada ele alınması ilkesi korunmalıdır (§ 272 ZPO ; MünchKomm/Peters, ZPO, § 145 para. 7).

11 Uyuşmazlık durumunda, ayırma için bahsedilen bir bakış açısı olmadığı gibi, istinaf mahkemesi tarafından da bir gerekçe gösterilmemiştir. Kararın herhangi bir geçerli gerekçesi yoktur (bkz. Zöller/Gummer, ZPO, 19. baskı, § 550 Rdn. 14; OLG Koblenz VRS cilt 64/83 s. 174, 176; BGH, 17.9.1986 - IVb ZR 87/ 85, FamRZ 1987, 152, 153). Ayrıca, davacının itirazında yaptığı açıklamaları öğrenmesinden sonra hala daha, istinaf mahkemesini yargılamanın ayrılmasına yönlendirdiği de dosyalarda net değildir.

12 Dava talebinin formülasyonunda çoktan meydana geldiği gibi, farklı mal sevkiyatlarının kaybolması nedeniyle tazminat talepleri arasında bir karışıklık olmaması için ayırmaya karar verildiği yönündeki istinaf mahkemesinin kararında yer alan alıntı dayanaksızdır. Davacı, başlangıçta belirtilen dava talebindeki yanlış bir numaranın açıkça yalnızca bir yazım hatasına dayandığı yönündeki itirazı ile haklı olarak karşı çıkmıştır. Hukuki uyumsuzluğun hiçbir aşamasında, davanın dayandığı beş zarar durumunun, her bir davanın özel koşulları nedeniyle fiilen veya hukukten farklı şekilde ele alınabileceğine dair herhangi bir belirti yoktu. Asliye hukuk mahkemesi de, davacının birleşik olarak açtığı dava hakkında birleşik olarak karar vermiştir, böylece kasıtsız olarak yanlış olan rakam açıklamalarına bir anlam yüklememiştir. Bunun dışında, alt mahkemenin davanın reddine ilişkin kararının istinaf mahkemesi tarafından yürütülecek incelenmesinde tüm kısmi alacaklar için aynı şekilde cevaplanması gereken talep sebebi sorusu özellikle ön planda olmalıdır.

13 Davacının davayı yürütmesi için, yargılamaların ayrılması sadece dezavantajlar getirdi. Beş ayrı yargılamaya bölünme göz önüne alındığında, davacının maliyet yükü önemli ölçüde artmıştır. Ayrıca, yargılamanın ayrılmasıyla birlikte, davacı, istinaf mahkemesinin kabul kararından bağımsız olarak, bu nihai kararı karşı temyize başvurma imkânından yoksun bırakılmıştır. ... Davacının dava ile takip edilen menfaatleri, davacı için yargılamanın ilerlemesi için herhangi bir kabul edilebilir avantaj olmaksızın, burada yer alan inceleme imkânının kısıtlanmasıyla sürekli olarak etkilenmiştir. Yargılamayı ayırmaktan kaçınarak veya en azından davacının itirazına göre onları yeniden birleştirerek, yalnızca bu olayda takdir yetkisi hatalardan arınmış olunurdu. Buna göre, yargılamanın ayrılmasına ilişkin karar varlığını devam ettiremez.

14 II. İstinaf mahkemesi her biri 60.000 DM'yi aşmayan davacının itiraz değerini dikkate alarak her bir yargılama içinde konuyu temyiz edilemez olarak gördü... Yukarıdaki I ifadelerine göre, yargılamaların ayrılması varlık kazanmadığından, bu kabulün hiçbir temeli yoktur.

...

birleştirilerek davaların yığılması şeklinde yürütülmesi durumunda, kanun yolu parasal sınırı birleştirilen bu taleplerin tümünün toplamına göre hesaplanacaktır. Davaların yığılması şeklinde birlikte açılan davaların ayrılması mümkündür (HMK m. 167; dZPO m. 145). Davaların yığılması şeklinde birlikte açılan davalar, ancak "*yargılamanın iyi bir şekilde yürütülmesini sağlamak için* (HMK m. 167)" mahkeme tarafından ayrılabilir. Ancak ayırma kararı, bu amaca hizmet etmiyor, Alman Federal Mahkemesine konu olaydaki gibi, sadece kararın kanun yolu denetime tabi olmasından kurtulmasına hizmet ediyorsa, ayırma kararının varlık kazanmadığı kabul edilmelidir. Bunun sonucu olarak, hiç ayrılmamış gibi dava yığılması şeklinde ve kanun yolu parasal sınırı taleplerin toplamı esas alınarak, kanun yolu denetimine tabi olduğu kabul edilmelidir. Böyle bir durumda kanun yolu miktarı tespit edilirken, hukuka aykırı ayırma kararı kanun yolu başvurusunun aleyhine bir durum yaratmamalıdır<sup>63</sup>.

### SONUÇ

Davacı, aynı davalıya karşı olan, birbirinden bağımsız birden fazla asli talebini, aynı dava dilekçesinde ileri sürerek dava yığılması şeklinde açtığı davalarda, kanun yolu parasal sınırının nasıl hesaplanması gerektiği noktasında, doktrin ve yargı kararlarında görüş birliği yoktur. Yargılamaya hâkim olan ilkeler, özellikle adil yargılanma hakkı ve unsuru olan mahkemeye erişim hakkı ve yorum ilkelerinden birisi olan istisnalar dar yorumlanır ilkesi göz önünde tutulduğunda, davaların yığılması durumunda kanun yolu parasal sınırına ulaşıp ulaşılmadığı değerlendirilirken her bir talebin tümünün toplamı esas alınmalıdır.

Mahkeme, yargılamanın iyi bir şekilde yürütülmesini sağlamak için, birlikte açılmış davaların ayrılmasına, davanın her aşamasında, talep üzerine veya kendiliğinden karar verebilir. Davaların ayrılması kararı ara karar niteliğinde olduğu için, ancak hükümlerle birlikte kanun yoluna gidilebilecektir. Dava yığılması şeklinde açıldığında, görüşümüze göre kanun

---

20 III. *Bundan sonra, itiraz edilen karar kaldırılarak ve konu, temyiz masrafları da dâhil olmak üzere yeni bir duruşma ve karar için İstinaf Mahkemesine geri gönderilecektir*", Neue Juristische Wochenschrift (NJW), Heft 47, Jahrgang 48 (1995), s. 3120-3122.

<sup>63</sup> Prütting/ Gehrlein/ Lemke, § 145, kn. 7; Stein/ Jonas/ Althammer, § 145, kn. 15; Ermenek, s. 190.

yolu parasal sınırı üzerinde olan dava, davaların ayrılması kararı neticesinde bu davada ayrılan miktarlar kanun yolu parasal sınırının altında kalabilir. Bunun sonucu olarak, davanın ayrılması kararı, ancak hükümlerle birlikte kanun yolu denetimine tabi olduğu için ve ayırma neticesinde hüküm de kanun yolu parasal sınırı altında kalacağı için, ne ayırma kararı ne de hüküm kanun yolu denetimine tabi olacaktır.

Her ne kadar mahkeme yargılamayı iyi bir şekilde yürütmek için ayırma kararı verebilse de, ayırma kararıyla birlikte başlangıçta birlikte açılan talepler, artık ayrı ayrı davalar olarak görülecektir. Bunun sonucu olarak da tarafların kanun yoluna başvuru hakları ellerinden alınmış olabilir. Bu yüzden ayırma kararı, tarafların aleyhine sonuçlar doğurmamalıdır. Ayırma kararı, "*yargılamanın iyi bir şekilde yürütülmesini sağlamak* (HMK m. 167)" amacına hizmet etmiyor, sırf hükmü kanun yolu denetimine tabi olmaktan çıkarma sonucuna neden oluyorsa, hiç ayrılma kararı olmamış gibi kabul edilip, hükmün (davanın yığılması neticesinde toplam tutar kanun yolu parasal sınırını aşılırsa) kanun yolu denetimine tabi olduğu kabul edilmelidir.

## KAYNAKÇA

- AKCAN, Recep, Usul Kurallarına Aykırılığa Dayanan Temyiz Nedenleri, Ankara 1999.
- AKİL, Cenk, İstinaf Kavramı, Yetkin Yayınları, Ankara 2010.
- AKKAYA, Tolga, Medeni Usul Hukukunda İstinaf, Yetkin Yayınları, Ankara 2009.
- AKSOY, Elif, "Objektif Dava Birleşmesi", TBBĐ, Y. 27, S. 117, 2015, (sa. 201-232).
- ALANGOYA, Yavuz, "Kanun Yolunun Anayasal Temeli ve HUMK m.427 Hükmü İle Kanun Yolu Kapatılmış Olan Kararlara Karşı Kanun Yoluna Müracaat İmkânı", 75. Yaş Günü İçin Prof. Dr. Baki Kuru Armağanı, Ankara 2004, (sa. 17-48).
- ALANGOYA, Yavuz/ YILDIRIM, M. Kamil/ DEREN-YILDIRIM, Nevhis, Medeni Usul Hukuku Esasları, 8. Baskı, İstanbul 2011.
- ANSAY, Sabri Şakir, Hukuk Yargılama Usulleri, 7. Baskı, Ankara 1960.
- ATALI, Murat, , "Ş 16. Karar ve Hüküm", İçinde Pekcanitez Usul Medeni Usul Hukuku (Ed: Hakan Pekcanitez/ Muhammet Özekes/ Mine Akkan/ Hülya Taş Korkmaz), Cilt 3, 15. Baskı, İstanbul 2017, (sa. 1965-2087).
- BASIM, Aybüke, "Kısmi Dava, Belirsiz Alacak Davası ve Manevi Tazminat Taleplerinin Bu Davalara Konu Olup Olamayacağı Sorunu", AÜHFD, C. 65, S. 4, 2016, (sa. 2685-2723).
- BAUMFALK, Walter/ GIERL, Walter, Zivilprozess, 11. Auflage, Baden-Baden 2013.
- BİLGE, Necip/ ÖNEN, Ergun, Medeni Yargılama Hukuku Dersleri, 3. Baskı, Ankara 1978.
- BİRTEK, Fatih, Ceza Muhakemesinde İstinaf, Adalet Yayınevi, Ankara 2019.
- BRAUN, Johann, Lehrbuch des Zivilprozessrechts, Tübingen, 2014.

- BULUT, Uğur, *Medenî Usûl Hukukunda Davaların Yığılması (Objektif Dava Birleşmesi)*, Adalet Yayınevi, Ankara 2017.
- ÇAYAN, Gökhan, "*Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında Mahkemeye Erişim Hakkı*", TAAD, Y. 7, S. 28, 2006, (sa. 238-271).
- ÇİÇEK, Erol, "*AİHS m. 6 Adil Yargılanma Hakkı ve Türk Hukukunda Uygulanması*", TBBD, Y. 20, S. 72, 2007, (sa. 234-246).
- ÇİFTÇİ, Murat Özgür, *Medeni Yargılama Hukukunda İstinaf*, İstanbul 2011.
- ERDÖNMEZ, Güray, "*§ 8. Medenî Usûl Hukukuna Hâkim Olan İlkeler*", İçinde Pekcantez Usul Medeni Usul Hukuku (Ed: Hakan Pekcantez/ Muhammet Özekes/ Mine Akkan/ Hülya Taş Korkmaz), Cilt 1, 15. Baskı, İstanbul 2017, (sa. 774-922).
- ERMENEK, İbrahim, *Medeni Usul Hukukunda Davaların Birleştirilmesi ve Ayrılması*, Yetkin Yayınları, Ankara 2014.
- GÜNEŞ, Ahmet M., *Hukuk Metodolojisi*, 3. Baskı, Bursa 2020.
- GÖZLER, Kemal, *Hukuka Giriş*, 18. Baskı, Bursa 2021 (Hukuka Giriş).
- GÖZLER, Kemal, "*Yorum İlkeleri*", Kamu Hukukçuları Platformu Anayasa Hukukunda Yorum ve Norm Somutlaşması, Ankara 2012, (sa. 15-105) (*Yorum İlkeleri*).
- KARSLI, Abdurrahim, *İcra Tetkik Mercii Kararlarının Temyizi*, İstanbul 1995.
- KIRTILOĞLU, S. Serhat, "*Medeni Yargılama Hukukunda Objektif Dava Birleşmesi*", EÜHFD, C. XVIII, S. 3-4, 2014, (sa. 133-172).
- KURT KONCA, Nesibe/ DAMAR, Ceren, "*İş Yargısında İstinaf Kanun Yolu*", TBBD, Y. 29, S. 125, 2016, (sa. 187-230).
- KURU, Baki, *Hukuk Muhakemeleri Usulü*, Cilt 2, 6. Baskı, İstanbul 2001 (Cilt 2).

KURU, Baki, Hukuk Muhakemeleri Usulü, Cilt 3, 6. Baskı, İstanbul 2001 (Cilt 3).

KURU, Baki, Hukuk Muhakemeleri Usulü, Cilt 5, 6. Baskı, İstanbul 2001 (Cilt 5).

MUSIELAK, Hans-Joachim/ VOIT, Wolfgang/ Bölüm Yazarı, Zivilprozessordnung Kommentar, 19. Auflage, 2022, § Madde.

MUŞUL, Timuçin, "Medeni Usul Hukukunda Ara Kararlar", DÜHFD, Y. 1988, S. 4, 1988, (sa. 217-262).

ÖZBAY, İbrahim, "6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanununa Göre İstinaftan Sonraki Temyiz Sistemimizde Temyiz Edilebilen ve Edilemeyen Kararlar", İÜHFM C. LXIX, S. 1-2, 2011, (sa. 411-438).

ÖZEKES, Muhammet, "§ 13. Tahkikat", İçinde Pekcanitez Usul Medeni Usul Hukuku (Ed: Hakan Pekcanitez/ Muhammet Özekes/ Mine Akkan/ Hülya Taş Korkmaz), Cilt 2, 15. Baskı, İstanbul 2017, (sa. 1331-1579) (§ 13. Tahkikat).

ÖZEKES, Muhammet, "§ 19. Kanun Yolları", İçinde Pekcanitez Usul Medeni Usul Hukuku (Ed: Hakan Pekcanitez/ Muhammet Özekes/ Mine Akkan/ Hülya Taş Korkmaz), Cilt 3, 15. Baskı, İstanbul 2017, (sa. 2149-2346) (§ 19. Kanun Yolları).

PRUTTING, Hanns/ GEHRLEIN, Markus/ Bölüm Yazarı, ZPO Kommentar, 1. Auflage, Köln 2010, § Madde.

ROSENBERG, Leo/ SCHWAB, Karl Heinz/ GOTTWALD, Peter, Zivilprozessrecht, 18. Auflage, München 2018.

SAENGER, Ingo/ Bölüm Yazarı, Zivilprozessordnung Handkommentar, 9. Auflage, 2021, § Madde.

SÖYLER, Yasin/ YILMAZ, Muhammet, "Temyiz Kanun Yolunda Uygulanan Parasal Smürün Her Yıl Artırılmasının Görülmekte Olan İdari Davalara Etkisi", SÜHFD, C. 29, S. 3, 2021, (sa. 2131-2168).

STEIN, Friedrich/ JONAS, Martin/ Bölüm Yazarı, Kommentar zur Zivilprozessordnung, Band 6, 22. Auflage, Tübingen 2013, § Madde.

ULUKAPI, Ömer, Medeni Usul Hukukunda Dava Arkadaşlığı, Konya 1991.

ÜSTÜNDAĞ, Saim, Medeni Yargılama Hukuku, Cilt I-II, 7. Baskı, İstanbul 2000.

WIECZOREK, Bernhard/ Schütze, Rolf A./ Bölüm Yazarı, Zivilprozessordnung und Nebengesetze Grosskommentar, Band 7, 4. Auflage, 2013, § Madde.

YILMAZ, Ejder, İstinaf, 2. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2005.





## TÜRK VE İNGİLİZ HUKUKUNDA KARŞILAŞTIRMALI OLARAK İŞ SÖZLEŞMELERİNİN SONA ERMESİ

Dr. Öğr. Üyesi Ayten ORDU\*

### Öz

Çalışmamızın konusu, Türk ve İngiliz Hukuku'nda karşılaştırılmalı olarak iş sözleşmelerinin sona ermesidir. İşçinin veya işverenin iş sözleşmesini sonlandırmasının, Türk ve İngiliz Hukuku'nda ne şekilde ele alındığına değinilecektir. İngiliz Hukuku'ndaki Employment Rights Act 1996 ve Türk Hukuku'nda düzenlenen 4857 sayılı İş Kanunu'ndaki hükümler dikkate alınarak, karşılaştırma yapılacaktır. Çalışmamızda inceleneceği üzere; Türk ve İngiliz Hukuku bakımından, bir iş sözleşmesi iki türlü sona erdirilebilir. Bunlardan biri fesih dışındaki sebeplerle sona erme, diğeri ise fesih nedeniyle sona ermedir. Her iki hukuk düzeninde de benzerlikler olduğu kadar, farklılıklar olduğu da görülmektedir. Bu çalışmamızda; Türk ve İngiliz Hukuku bakımından iş sözleşmesinin sona ermesine ilişkin olan düzenlemelere ve her iki hukuk düzeni arasındaki farklara değinilecektir.

### Anahtar Kelimeler

Bildirimli Fesih • Bildirim Süreleri • Haklı Nedenle Fesih

\* Dr. Öğr. Üyesi, Yakın Doğu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Özel Hukuk Anabilim Dalı, Lefkoşa, Kuzey Kıbrıs Türkiye Cumhuriyeti | Assoc. Prof (PhD), Near East University Faculty of Law, Department of Private Law, Lefkoşa, Turkish Republic of Northern Cyprus.

✉ ayten.ordu@neu.edu.tr • ORCID 0000-0003-0085-8042

✎ **Atıf Şekli** | Cite As: ORDU Ayten, "Türk ve İngiliz Hukukunda Karşılaştırmalı Olarak İş Sözleşmelerinin Sona Ermesi", *SÜHFD.*, C. 30, S. 4, 2022, s. 2033-2083.

✎ **İntihal** | Plagiarism: Bu makale intihal programında taranmış ve en az iki hakem incelemesinden geçmiştir. | This article has been scanned via a plagiarism software and reviewed by at least two referees.

✎ Bu eser Creative Commons Atıf-GayriTicari 4.0 Uluslararası Lisansı ile lisanslanmıştır. | This work is licensed under Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License.

## A COMPARISON OF THE TERMINATION OF EMPLOYMENT CONTRACTS UNDER BOTH TURKISH AND ENGLISH LAW

### Abstract

Our article aims to explore and make a comparison on the termination of Employment Contracts under both Turkish and English Law. This article will examine how termination is dealt with under both legal systems, particularly taking into account the Employment Rights Act 1996 and the Turkish Labour Regulations (no.4857). A discussion on the law under both systems and a comparison is aimed. As it will be examined in our study; under both Turkish and English Law, the termination of an employment contract is available in two forms. The first is termination due to reasons other than rescission and the second is termination by rescission of the contract. Despite the similarities in both legal jurisdictions, differences exist as well. During our study, the regulations in relation to the termination of employment contracts in terms of both Turkish and English Law and the differences between the two legal jurisdictions will be discussed.

### Key Words

Notified Termination • Notice Periods • Termination with Just Cause

### GİRİŞ

İş sözleşmelerinin sona ermesi; işçi veya işveren tarafından gerçekleştirilebilmektedir. Türk ve İngiliz Hukuku bakımından bir iş sözleşmesi, iki türlü sona erdirilebilir. Bunlardan biri, fesih dışındaki sebeplerle sona erme, diğeri ise fesih nedeniyle sona ermedir<sup>1</sup>.

Çalışmamızda; ilk olarak fesih dışındaki sebeplerle iş sözleşmelerinin sona ermesi incelenecek olup, sonrasında ise fesih sebeplerine değinilecektir. Fesih dışındaki sebeplerden ilk olarak; işçinin ölümü dikkate alınacak, sonrasında ise tarafların anlaşması ve belirli sürenin sona ermesi değerlendirilecektir.

Fesih sebebiyle iş sözleşmelerinin sona ermesi ise; süreli fesih bildiri mi ve bildirimsiz (haklı nedenle) fesih başlıkları altında ele alınacaktır. Süreli fesih bildiri mi ile iş sözleşmelerinin sona ermesi, Türk Hukuku'ndaki 4857 sayılı İş Kanunu'nda, İngiliz Hukuku'nda ise Employment Rights Act 1996 Kanunu'nda belirtilen geçerli sebeplerin varlığı hâlinde ve işçinin kıdemine bağlı olarak bildirim süresinin sona ermesiyle

---

<sup>1</sup> GEREK, Nüvit/ GÖKÇEK KARACA, Nuray/ BAYBORA, Dilek/ KOCABAŞ, Fatma: *İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku*, Ankara, 2013, s.94.

söz konusu olacaktır. Buna karşılık; bildirimsiz (haklı nedenle) fesih türünde; herhangi bir bildirim süresi söz konusu olmayacağından, fesih bildirimini ile iş sözleşmesi derhal sona erdirilebilir. Çalışmamızda tespit edildiği üzere; bildirimsiz (haklı nedenle) fesih ile iş sözleşmelerinin sona ermesi, haklı nedenlerin varlığı hâlinde gerçekleşebilir ve belirtilen sebepler, süreli fesih bildirimini için gereken geçerli sebeplerden daha ayrıntılı bir şekilde düzenlenmiştir.

Çalışmamızın amacı, iş sözleşmelerinin sonlandırılmasına ilişkin düzenlemelerin, Türk ve İngiliz Hukuku arasında bir karşılaştırmanın yapılması ve yapılan karşılaştırmadan elde edilen çıkarımlara değinmektedir.

## Ş1. İŞ SÖZLEŞMESİNİN FESİH DIŞINDAKİ SEBEPLERLE SONA ERMESİ

Türk Hukuku'nda fesih dışındaki sebeplere dayanarak iş sözleşmesinin sonlanmasına ilişkin düzenlemeler, İş Kanunu'ndan ziyade, Türk Borçlar Kanunu'nda yer verilmiştir. Fesih dışındaki sebeplere dayanarak bir iş sözleşmesinin sona ermesi; ölüm sebebi ve ikale adı verilen tarafların anlaşması veya belirli sürenin sona ermesi şeklinde yer almaktadır.

### I. İŞÇİNİN ÖLÜMÜ

Türk Borçlar Kanunu'nun 440. ve 441. maddeleri gereğince, bir işçinin ölümü durumunda iş sözleşmesi kendiliğinden sona erecektir, ancak işverenin ölümünde, sözleşme devam etmekte, işverenin yerini mirasçılar almaktadır<sup>2</sup>. Burada belirtilmelidir ki; sözleşmenin yapılması esnasında işverenin kişiliği ağırlıklı olarak dikkate alınmış ise, işverenin ölümü iş sözleşmesini sonlandıracak, işçi de işverenin mirasçılarından hakkaniyete uygun bir tazminat isteminde bulunma hakkına sahip

<sup>2</sup> SOYER, Polat: *Hizmet Sözleşmesinin Sona Ermesine İlişkin "Yeni" Türk Borçlar Kanunu Hükümleri ve İş Hukuku Bakımından Önemi*, Sicil, Haziran 2011, s.12-21 (Hizmet Sözleşmesinin Sona Ermesi); SOYER, Polat: *"Yeni" Türk Borçlar Kanunu'nda Yer Alan "Genel Hizmet Sözleşmesine İlişkin Bazı Düzenlemelerin İş Hukuku Açısından Önemi* İB-GSÜ Tarafından Haziran 2011'de Düzenlenen İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku 2011 Yılı Toplantıları, İstanbul, 2012, s. 165-203 (Genel Hizmet Sözleşmesi); ÇELİK, Nuri/ CANİKLİOĞLU, Nurşen/ CANBOLAT, Talat: *İş Hukuku Dersleri*, 29. Bası, İstanbul 2016, s.342-346, Süzek, Sarper: *İş Hukuku*, 12. Bası, İstanbul 2016, s.553-555; GEREK, Nüvit/ GÖKÇEK KARACA, Nuray/ BAYBORA, Dilek/ KOCABAŞ, Fatma, S.95; YILDIRIM, Bayram: *6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda İşçi Hakları ve İş Kanunu Karşılaştırması*, Bursa 2014, s.33-35.

olacaktır<sup>3</sup>. 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun, madde 441 hükmüne göre; "hizmet sözleşmesi ağırlıklı olarak işverenin kişiliği dikkate alınmak suretiyle kurulmuşsa, onun ölümüyle kendiliğinden sona erer. Ancak, işçi sözleşmenin süresinden önce sona ermesi yüzünden uğradığı zarar için, mirasçılardan hakkaniyete uygun bir tazminat isteminde bulunabilir". Sadece bu özel durum sayesinde, işverenin ölümünde de iş sözleşmesi sona ermektedir ve iş sözleşmesi süresinden önce sona erdiği için işçi, tazminat talep edebilir.

Kural olarak; işverenin ölümü iş sözleşmesini sona erdiren bir sebep değildir. Ancak yukarıda belirtildiği üzere; bir iş sözleşmesinin yapılması esnasında işverenin kişiliği ağırlıklı olarak dikkate alınmışsa veya işin konusu doğrudan işverene bağlı nitelikte ise; o zaman işverenin ölümü, iş sözleşmesini sonlandıracaktır. Bunun için verilebilecek örnek; iş sözleşmesinin konusunun işverenin bakımı olması durumudur. Böyle bir durumda işverenin ölümü, iş sözleşmesini sona erdirecektir. Burada belirtmeliyiz, işverenin veya işçinin ölümü iş sözleşmesinin fesih dışındaki bir sebeple sona ermesidir. Bu bir fesih türü olmadığı için, iş sözleşmesinin feshine ilişkin sonuçları da doğurmamaktadır<sup>4</sup>.

İngiliz hukukunda da Türk hukukunda olduğu gibi ölüm, iş sözleşmesini sona erdirmektedir (Employment Rights Act, madde 136(5)(b) hükmü). Ancak işverenin ölümü söz konusu olduğunda, Türk hukuktan farklı olarak; iş sözleşmesinin sona erdiği kabul edilmekte olup, işçinin tazminat hakkı<sup>5</sup> doğmaktadır. İngiliz hukukunda yer alan bir diğer düzenlemeye göre; mirasın tasfiyesi ile görevli olan kimse, iş sözleşmesini işverenin ölümünden itibaren sekiz haftalık süre içerisinde sözleşmenin devam edeceği hususunda işçiye beyanda bulunabilir (Employment Rights Act 1996, m.174)<sup>6</sup>. Burada önemli olan husus, işveren tarafının

<sup>3</sup> ÇELİK, Nuri/ CANIKLIOĞLU, Nurşen/ CANBOLAT, Talat, s.342-346 SÜZEK, Sarper, s.555; MAZLUM, İsmet: Feshe İtiraz Davası, *Ankara Barosu Dergisi*, 2013/2, s.268-269.

<sup>4</sup> Feshe ilişkin sonuçlar ihbar tazminatı, kıdem tazminatı, iş güvencesi ve işsizlik sigortası olarak sıralanabilir. Ölüm ile sözleşme kendiliğinden sona erdiği için, işçinin mirasçılarının, işverenin veya herhangi bir kimsenin iş sözleşmesinin sona erdiği dair veya feshedildiği yönünde bildirimde bulunmasına gerek yoktur. Bknz: GEREK, Nüvit/ GÖKÇEK KARACA, Nuray/ BAYBORA, Dilek/ KOCABAŞ, Fatma, s.95.

<sup>5</sup> TURNER, Chris: *Employment Law*, 3.bası, London, 2011, s.135; DUDDINGTON, John: *Employment Law*, 2. Bası, England 2007, s.276.

<sup>6</sup> DUDDINGTON, John, s.276. İngiliz hukukunda mirasın tasfiyesiyle görevli olan kimse, "personal representative" olarak adlandırılır.

ölümü durumunda da kural olarak iş sözleşmesi sona ermektedir. Ancak sadece bir durumda iş sözleşmesi devam eder, bu durum da mirasın tasfiyesi ile görevli olan kişinin, işçiye sözleşmenin devam edeceği konusunda beyanda bulunması ve ilgili beyanın, ölümden itibaren sekiz haftalık süre içerisinde olmasıdır.

## II. TARAFLARIN ANLAŞMASI (İKALE)

İş sözleşmesinin sonra ermesine ilişkin fesih dışındaki bir diğer sebep, tarafların anlaşmasıdır (*ikale*). Bir iş sözleşmesi belirli süreli (*örneğin, 2 yıllık*) veya süresi belirli olmayan sözleşme şeklinde yapılabilir. Belirli veya süresi belirli olmayan sözleşme olduğuna bakılmaksızın, taraflar sözleşme süresince uzlaşıp, sözleşmeyi sonlandırabilmektedirler. Sözleşmenin ikale yolu ile sonlandırılması, tarafların serbest iradelerine dayanmaktadır<sup>7</sup>. Sözleşmenin tarafları, her zaman anlaşarak iş sözleşmesini sonlandırabilirler<sup>8</sup>.

İkale, öneri (icap) ve kabulden oluşan iki taraflı bir hukuki işlem olarak kabul edilmektedir<sup>9</sup>. İngiliz hukuku bakımından da ikale; “*karşılıklı anlaşma*” (mutual agreement) olarak yerini almaktadır. Tarafların anlaşması; bir tarafın icap etmesi (offer), diğer tarafın ise icabı kabul etmesi (acceptance) anlamına gelmektedir ve böylelikle var olan sözleşme sonlandırılır. Yargıtay’ın bir kararına göre; “*taraflardan birinin karşı tarafa ilettiği iş sözleşmesinin karşılıklı feshine dair sözleşme yapılmasını içeren bir açıklamanın (icap) ardından diğer tarafın da bunu kabulü ile bozma sözleşmesi (ikale) kurulmuş olur...İşçi ve işveren iradeleri fesih konusunda birleşmesi, bir taraf feshi niteliğinde değildir. Bu sebeple, ikale sözleşmesi akdetmeye yönelik icap, fesih olarak değerlendirilip, feshetilemez.*”<sup>10</sup> Böylelikle işçi ve işveren tarafının iş sözleşmesinin sonlanmasına yönelik karşılıklı iradelerinin birleşmesi sonucunda iş sözleşmesi, fesih dışındaki bir sebeple, ikale yolu ile sonlandırılmaktadır sonucuna varabiliriz.

<sup>7</sup> GEREK, Nüvit/ GÖKÇEK KARACA, Nuray/ BAYBORA, Dilek/ KOCABAŞ, Fatma, s.95.

<sup>8</sup> ÇELİK, Nuri/ CANIKLIOĞLU, Nurşen/ CANBOLAT, Talat, s.336.

<sup>9</sup> TAŞKENT, Savaş: İş Sözleşmesinin İkale Yolu İle Sona Erdirilmesi, *Kamu İş;* C:11, S:4, 2011, 1-7, s.2.

<sup>10</sup> Yargıtay 9. HD E.2007/30801 K.2008/9236 T.21.04.2008 (<https://legalbank.net/arama/mahkeme-kararlari>) Erişim Tarihi: 22.08.2022. Ayrıca bakınız: BEDÜK, Mehmet Nusret: İş Sözleşmesinin İşçi Tarafından Feshi ve Feshin Hukuki Sonuçları, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.27, S.2, 2019, 679-726, s.702.

İkale yolu ile bir iş sözleşmenin sonlandırılması, tarafların sözleşme özgürlüğü kapsamında önemlidir. Sözleşme özgürlüğü ilkesi sayesinde; taraflar, bir sözleşmeyi serbestçe yapabilir, içeriğine ilişkin (*kanunda öngörülen sınırlar içerisinde*) karar verebilir<sup>11</sup> ve aynı ilke, sözleşmeyi sonlandırmak için de geçerlidir.

İkale yolu ile iş sözleşmesinin sona ermesi fesih niteliğini taşımaz, çünkü daha sonra değineceğimiz üzere; fesih, *tek taraflı*<sup>12</sup> bir beyandan ibarettir. İkale söz konusu olduğunda; *iki tarafın* iradesi sayesinde sözleşme sona erer<sup>13</sup>. İkale gerçekleştiğinde, işçi feshe bağlı haklardan da yararlanamaz. Örneğin; ihbar tazminatından, kıdem tazminatından, iş güvencesi veya işsizlik sigortasından yararlanılması mümkün değildir<sup>14</sup>. Sonuç olarak, taraflar arasında ikale bir fesih türü değil, sözleşmeyi sonlandırmak için fesih dışındaki sebeptir. Sözleşme sona erdiğinden, işçi ve işverenin sözleşmeden doğan yükümlülükleri de sona ermektedir<sup>15</sup>. Tarafların ikale yolu ile sözleşmeyi sonlandırmalarına ilişkin aynı kural; İngiliz hukukunda da görülmekte olup, bunlara "*mutual agreement*" veya

<sup>11</sup> Sözleşme Özgürlüğüne ilişkin hüküm, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu, madde 26'da şu şekilde yer verilmektedir: "*Taraflar, bir sözleşmenin içeriğini kanunda öngörülen sınırlar içinde özgürce belirleyebilirler.*"

<sup>12</sup> SÜZEK, Sarper, s.549; MANAV, Eda: *İş Hukukunda Geçersiz Fesih ve Geçersiz Feshin Hüküm ve Sonuçları*, Turhan Kitabevi, Ankara 2009, s.29.

<sup>13</sup> TAŞKENT, Savaş, s.2; Süzek, Sarper, s.549.

<sup>14</sup> İş sözleşmesinin ikalesi, fesih anlamına gelmediği için iş sözleşmesinin feshine ilişkin sonuçlar da söz konusu olamaz. Bknz: Süzek, Sarper, s.550-551; TAŞKENT, Savaş, s.2; GEREK, Nüvit/ GÖKÇEK KARACA, Nuray/ BAYBORA, Dilek/ KOCABAŞ, Fatma, s.95. İkale fesih niteliğini taşımadığı için işçi daha sonra bahsedeceğimiz feshe ilişkin haklardan ve güvencelerden yararlanamamaktadır. Ancak yine de belirtmek gerekir ki, bazı durumlarda, özellikle işveren tarafının ikale önerisinde bulunduğu durumlarda, menfaat dengesinin sağlanması bakımından yazılan tazminat miktarı meblağı üzerinden işveren tarafından işçiye ek menfaat ödenip ödenmediğine bakılabilir, yargı tarafından ikalenin geçerli olup olmadığı yönünde karar verilebilir. Yargıtayın ikalenin geçerliliği konusunda hükmetmesi, işverenlerin sorumluluktan ve iş güvencesi hükümlerinden kaçınmaması açısından önem teşkil etmektedir. Daha fazla bilgi için bakınız: KARAÇ, Serkan Taylan: Türk İş Hukuku Bağlamında İkale Sözleşmelerinin Geçerlilik Ölçütleri ve "Makul Yerar" Kavramı, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, Sayı: 50, Yıl: 13, Nisan 2022, 385-416, s.406, 408.

<sup>15</sup> Yargıtay, sözleşmelerin 'ikale' yolu ile sonlandırılmalarını "*bozma sözleşmesi*" niteliğini taşımakta olduğu kanaatindedir. Yargıtay 9. HD E.2007/30801 K.2008/9236 T.21.04.2008 (<https://legalbank.net/arama/mahkeme-kararlari>) Erişim Tarihi: 22.08.2022.

“*termination by agreement*” adı verilmektedir<sup>16</sup>. Türk hukukunda da olduğu gibi işveren ve işçi arasındaki anlaşma gereğince; iş sözleşmesi sonlandırılır, herhangi bir fesih söz konusu değildir, dolayısıyla feshe ilişkin sonuçlar doğmamaktadır<sup>17</sup>.

### III. BELİRLİ SÜRENİN SONA ERMESİ

Burada bahsedilecek olan sona erme nedeni, iş sözleşmelerinin belirli süreli olarak yapılması durumunu kapsamaktadır. Belirli süreli iş sözleşmeleri, İş Kanunu'nun 11. maddesi gereğince “...*Belirli süreli işlerde veya belli bir işin tamamlanması veya belirli bir olgunun ortaya çıkması gibi objektif koşullara bağlı olarak işveren ile işçi arasında yazılı şekilde yapılan iş sözleşmesi*” olarak tanımlanmaktadır. Türk Borçlar Kanunu'nun madde 430 hükmünde ise; “*belirli süreli hizmet sözleşmesi, aksi kararlaştırılmadıkça, fesih bildiriminde bulunulmasına gerek olmaksızın, sürenin bitiminde kendiliğinden sona erer.*”

Fesih dışındaki bu sebep sayesinde, bir iş sözleşmesi saptanmış olan belirli sürenin dolması ile birlikte sona erebilir<sup>18</sup>. Örneğin, sözleşme 3 yıllık bir süreliğine yapılmışsa, sözleşmenin yapılmasından 3 yıl geçtikten sonra kural olarak sözleşme sona ermektedir. Diğer örnekler, belirli bir araştırmanın yürütülmesi veya yayınlanması için yapılan sözleşmelerdir. Bu gibi durumlarda, belirli süre öngörülmemiş olsa da yapılacak olan işin niteliğine bağlı araştırma ve yayının tamamlanması hâlinde, iş sözleşmesinin kendiliğinden sona ereceğini ileri sürebiliriz<sup>19</sup>. Belirtilen durumlarda, taraflardan birinin bildirimine gerek olmadan, sözleşmenin kendiliğinden, herhangi başka bir işleme gerek kalmadan sona

<sup>16</sup> Mutual agreement, “*karşılıklı anlaşma*” anlamına gelmektedir. Ayrıntılı bilgi için bakınız: DUDDINGTON, John, s.280, 290; HONEYBALL, Simon: *Honeyball & Bowers' Textbook on Employment Law*, 13. Bası, Oxford 2014, s.88-89; SARGEANT, Malcolm/ LEWIS, David: *Employment Law: The Essentials*, 15. Bası, England 2020, s.251-252; SAPPIDEEN, Carolyn/ M. O'GRADY, Paul/ RILEY, Joellen/ SMITH, Belinda: *Macken's Law of Employment*, 8. Bası, Thompson Reuters 2016, s.406; HOR, Joydeep: *Labour and Employment Law Manual*, 3. Bası, Wolters Kluwer 2020, s108.

<sup>17</sup> *Strange Ltd v Mann* [1965] 1 All ER 1069; HONEYBALL, Simon, s.88-89; GROMEK BROC, Katarzyna: *Termination of Employment*, York Law School 2011, s.4, [https://www.ka.edu.pl/download/gfx/ksw/pl/defaultaktualnosci/1162/50/1/dismis-saltermination\\_of\\_employment2011.doc](https://www.ka.edu.pl/download/gfx/ksw/pl/defaultaktualnosci/1162/50/1/dismis-saltermination_of_employment2011.doc), (Erişim Tarihi: 28.09.2022); SAPPIDEEN, Carolyn/ M. O'GRADY, Paul/ RILEY, Joellen/ SMITH, Belinda, s.409.

<sup>18</sup> ÇELİK, Nuri/ CANİKLİOĞLU, Nurşen/ CANBOLAT, Talat, s.346.

<sup>19</sup> GEREK, Nüvit/ GÖKÇEK KARACA, Nuray/ BAYBORA, Dilek/ Kocabaş, Fatma, s.96.

erecektir<sup>20</sup>. Daha önce değindiğimiz işçinin ölümü veya ikale yolu ile sözleşmenin sonlandırılması gibi, saptanan sürenin dolması da fesih türü olmadığı için, feshe ilişkin sonuçlar da uygulama alanı bulmaz<sup>21</sup>.

İngiliz hukukuna gelince, Türk hukukunda olduğu gibi, işçi ve işveren tarafları arasında belirli süreliğine yapılan iş sözleşmeleri, o sürenin dolmasıyla kendiliğinden sona erecektir (Employment Rights Act 1996, madde 95(1)(b) hükmü)<sup>22</sup>. Örneğin, *Brown v Knowsley Borough Council* (1986)<sup>23</sup> davasında, öğretim üyesinin iş sözleşmesinde “sözleşme, sponsor öğretim ücretlerini karşıladığı sürece devam edecektir” şeklinde bir hükme yer verilmiş, ücret ödenmeyince sözleşme kendiliğinden sona ermiştir. Yine de belirtmek gerekir ki; Employment Rights Act 1996 madde 95(1)(b) hükmü gereğince; iş sözleşmelerinin belirli süreliğine yapılmış olması ve belirtilen sürenin sona ermesi, sözleşme süresinin taraflarca uzatılmamış olması koşuluna bağlı olarak iş sözleşmesini sona erdirecektir.

İngiliz hukukunda 1 Ekim 2002 yılında uygulamaya giren “Fixed Term Employees (Prevention of Less Favourable Treatment) Regulations 2002” (“Belirli Süreli İşçiler (Olumsuz Davranışı Engelleme)”) tüzüğü’nün 2. maddesine göre; geçici veya belirli bir süreliğine işe alınan kişilerin iş yerinde olumsuz davranışlara maruz kaldıklarında, tam kadrolu ve süresi belirli olmayan çalışanlar ile eşit durumunda oldukları kabul edilmektedir. Aynı tüzüğü’nün 6. maddesi gereğince; belirli bir süreliğine işe alınan kişilerin haksız nedenle iş sözleşmelerinin feshedilmemesi gerektiğini, ancak feshedilmesi durumundaki haklarını da ele almaktadır. Böylelikle; belirli bir süreliğine işe alınan işçilerin tam kadrolu diğer çalışanlar ile eşit hak sahibi olduklarını ileri sürmemiz mümkündür<sup>24</sup>.

<sup>20</sup> Ayrıca bkz: SÜZEK, Sarper, s.552.

<sup>21</sup> ÇELİK, Nuri/ CANIKLIOĞLU, Nurşen/ CANBOLAT, Talat, s.346; GEREK, Nüvit/ GÖKÇEK KARACA, Nuray/ BAYBORA, Dilek/ KOCABAŞ, Fatma, s.96.

<sup>22</sup> Employment Rights Act 1996 (ERA), madde 95(1)(b) hükmüne göre; belirli süreli iş sözleşmeleri belirtilen sürenin dolması ile sona erecektir. Ayrıca bakınız: HONEYBALL, Simon, s.89; BOWERS, John: *Termination of Employment*, 4. Bası, London 2001, s.38; DUDDİNGTON, John, s.279-280.

<sup>23</sup> *Brown v Knowsley Borough Council*, (1986) IRLR 102 EAT; LEIGHTON Patricia/ PAINTER, Richard: Individual Employment Law, Industrial Law Journal 1986, Cilt: 15, Sayı: 1, s.127-129.

<sup>24</sup> PYPER, Doug, *Key Employment Rights*, House of Commons Briefing Paper Number CBP 7245, Kasım 2018, <https://researchbriefings.files.parliament.uk/document/s/CBP-7245/CBP-7245.pdf> (Erişim Tarihi: 20.09.2022), s.27; DAVIES, A.C.L, *Employment Law*, Pearson Education 2015, s.306-307.



Bazı durumlarda; belirli süreli sözleşmeler *örtülü* olarak da devam edebilir<sup>25</sup>. Örneğin, bir kira sözleşmesi 3 yıllığına yapılmışsa, kural olarak 3 yılın dolmasıyla birlikte sözleşme sona ermektedir. Buna rağmen, kiralayana kişi kira aidatını ev sahibine ödemeye devam ederse, kira sözleşmesi *örtülü* olarak devam eder. Bu gibi durumlarda; yeni bir sözleşme kurulmaz, önceki sözleşme aynı koşullarda devam eder; fakat *belirsiz süreli* sözleşmeye dönüşür<sup>26</sup>. Bu kural, Türk Borçlar Kanunu'nun 430. maddesinde şu şekilde yerini almaktadır; "*belirli süreli sözleşme, süresinin bitiminden sonra örtülü olarak sürdürülüyorsa, belirsiz süreli sözleşmeye dönüşür.*" Sözleşmelerin bazı durumlarda örtülü olarak devam etmesi, süresi belirli iş sözleşmeleri bakımından da uygulanır. İşçi, sözleşmenin süresi dolduktan sonra çalışmaya devam ederse ve buna karşılık işveren, işçinin maaşını ödemeye devam ederse, sözleşme *örtülü* olarak devam edecektir. İş sözleşmesi örtülü olarak devam ettiğinden, sona ermesine ilişkin bir sebep teşkil etmemektedir. Ancak bu durum, aksi kanıtlanabilen bir *karine*<sup>27</sup> olarak karşımıza çıkmaktadır. Kısacası taraflar, sözleşmenin yeni bir belirsiz süreli sözleşmesi olduğunu ileri sürebilirler<sup>28</sup>.

## Ş2. İŞ SÖZLEŞMELERİNİN FESİH YOLUYLA SONA ERMESİ

### I. GENEL OLARAK FESİH

İş sözleşmeleri fesih dışındaki sebeplerle sona erebileceği gibi, fesih yolu ile de sonlandırılabilir. Fesih, "*devam etmekte olan bir hukuksal ilişkiyi tek taraflı olarak ileriye dönük olmak üzere sonuçlandıran bozucu yenilik*

<sup>25</sup> SÜZEK, Sarper, s.552; ÇELİK, Nuri/ CANİKLİOĞLU, Nurşen/ CANBOLAT, Talat, s.346

<sup>26</sup> SÜZEK, Sarper, s.552

<sup>27</sup> Karineler, "fiili karineler" ve "kanuni karineler" olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Karine, belli bir olaydan, belli olmayan bir olay için çıkarılan sonuçtur. Karineye dayanan taraf, bir ölçüde artık o hususu ispat etmekle yükümlü değildir. Bunun nedeni ise; belirli olan karine temeli ispat edilince, belirli olmayan karine sonucunun gerçek olduğu kabul edilir. Bakınız: PEKCANITEZ, Hakan/ ATALAY, Oğuz/ ÖZEKES, Muhammet: *Medenî Usûl Hukuku*, 5. Baskı, İstanbul, 2017, s324-327; UMAR, Bilge/ YILMAZ, Ejder, *İspat Yükkü*, 2. Bası, İstanbul, 1980, s.165; KARSLI, Abdurrahim, *Medeni Muhakeme Hukuku*, 4. Bası, İstanbul, 2014, s.490; ZUCKERMAN, Adrian, *Zuckerman on Civil Procedure Principles of Practice*, 3. Bası, London, 2013, s. 1022, ORDU, Ayten: *Medeni Usul Hukukunda Genel Olarak İspat ve İlk Görünüş İspatı*, *Yakın Doğu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Sayı 1, Yıl 2018, s.162.

<sup>28</sup> SOYER, Polat, s.13 (Hizmet Sözleşmesinin Sona Ermesi); SÜZEK, Sarper, s.552.

*doğuran irade beyanı...*"<sup>29</sup> olarak tanımlanmaktadır. Başka bir ifade ile, taraflardan birinin iş sözleşmesini sonlandırdığına yönelik beyanda bulunması, *fesih* anlamına gelmektedir. Fesih yoluyla sona eren iş sözleşmelerine ilişkin düzenlemelerde önem arz eden husus, iki tarafın değil, sadece *tek tarafın* irade beyanı aranmaktadır<sup>30</sup>.

Türk hukukunda iş sözleşmelerinin fesih yoluyla sona ermesi, *sürelî fesih* (bildirimli fesih) ve *bildirimsiz (haklı nedenle) fesih* olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Sürelî fesih, İş Kanunu'nun 17. maddesi'nde düzenlenmiş olmakla beraber, ilgili maddede sürelî fesih için geçerli sebepler sayılmaktadır. Bildirimsiz (haklı nedenle) fesih ise; İş Kanunu'nun 24. ve 25. maddelerinde sayılan sebepler ile işçi veya işveren tarafından haklı nedene dayanarak, karşı tarafa bildirim olmadan derhal fesih hâllerini kapsamaktadır<sup>31</sup>.

İngiliz hukukunda iş sözleşmelerinin sona ermesi; Employment Rights Act 1996 madde 95 hükmünde düzenlenmiştir. İlgili kanunun madde 95(1)(a) hükmü gereğince; işverenin *bildirimli* ve *bildirimsiz* olmak üzere işçinin iş sözleşmesini feshetme hakkı mevcuttur. İşçinin fesih hakkı ise madde 95(1)(c) hükmünde; yine *bildirimli* veya *bildirimsiz* olmak üzere düzenlenmiş, özellikle işverenin davranışlarını dikkate alarak işçinin iş sözleşmesini feshetme hakkı mevcuttur. Örneğin; *Western Excavating v Sharp* (1978) davasına göre, işçi iş sözleşmesini feshederken, işveren tarafından iş sözleşmesinin esaslı noktalarından birini veya sözleşmenin temelini (root of the contract) ihlal ettiğini iddia edebilir, iddiayı ispat etmekle işçi yükümlü olacaktır<sup>32</sup>.

<sup>29</sup> YILMAZ, Ejder: *Hukuk Sözlüğü*, 9. Baskı, Ankara, 2005, s.374. Ayrıca bakınız: KALKAN, Arif: İş Sözleşmesinde Fesih Halleri, *ERÜHFD*, Cilt: XIII, Sayı: 1, Yıl: 2018, s.286.

<sup>30</sup> SÜZEK, Sarper, s.555; ÇELİK, Nuri/ CANİKLİOĞLU, Nurşen/ CANBOLAT, Talat, s.347.

<sup>31</sup> 4857 sayılı İş Kanunu, madde 17, 24 ve 25. Ayrıca bakınız: SÜZEK, Sarper, s.555; MANAV, Eda, s.30; ÇELİK, Nuri/ CANİKLİOĞLU, Nurşen/ CANBOLAT, Talat, s.347.

<sup>32</sup> *Western Excavating v Sharp* [1978] IRLR 27, [1977] EWCA Civ 2, 13 ITR 132, [1978] ICR 221, (1978) 13 ITR 132, [1978] 2 WLR 344, [1978] QB 761, [1978] 1 All ER 713 davası. Bakınız: <http://www.bailii.org/ew/cases/EWCA/Civ/1977/2.html> (Erişim Tarihi: 21.09.2021); TURNER, Chris: *Employment Law*, 3.bası, London, 2011, s.109, 111, SARGEANT, Malcolm/ LEWIS, David, s.253; CABRELLI, David: *Employment Law*, 5. Bası, Pearson 2017, s.31, 137; SAPPIDEEN, Carolyn/ M. O'GRADY, Paul/ RILEY, Joellen/ SMITH, Belinda, s.338.

Özellikle belirtmek gerekir ki fesih, bozucu yenilik doğuran bir haktr<sup>33</sup>. Ortaya çıkacak olan yeni durum ise; hukuki ilişkinin kurulması veya değiştirilmesinden ziyade, mevcut hukuki ilişkinin sonlanmasıdır<sup>34</sup>. Bir iş sözleşmesi fesih yolu ile sonlandırıldığında, sözleşmenin devam edip etmeyeceği konusunda tartışmalar mevcuttur. Örneğin bazı yazarlar; iş sözleşmelerinin fesih sebebiyle sona ermesi hâlinde, işçi ve işveren tarafları arasındaki hukuki ilişkinin yine bir süreliğine devam ettiğini savunmaktadırlar<sup>35</sup>. Bu süre boyunca, işverenin birtakım yükümlülükleri doğar, iş ilişkisi ise yükümlülükler yerine getirildiğinde kesin olarak sona erer<sup>36</sup>. Bir diğer görüşe göre; fesih beyanı yönetildiği tarafa ulaştığı andan itibaren hüküm ve sonuçlar doğmaktadır<sup>37</sup>. İlk görüşe katılmak daha isabetlidir. Nedeni ise; daha sonra değinilecek olan “Sürelî Fesih Bildirimi ile Sona Erdirme (Bildirimli Fesih)” başlığı altında görüleceği üzere; fesih beyanından sonra iş sözleşmesi bir süreliğine devam etmektedir ve ancak bu sürenin sonunda sona ermektedir<sup>38</sup>.

Türk hukukunda sürelî fesih, İş Kanunu’nun 17. maddesinde de belirtildiği üzere; süresi belirsiz olan iş sözleşmeleri için geçerlidir. Diğer fesih türü olan bildirimli (haklı nedenle) fesih ise; belirli ve belirsiz sürelî sözleşmeler için uygulanabilmektedir<sup>39</sup>. Bu nedenle; sürelî fesih bildirimli (bildirimli fesih) ve bildirimli (haklı nedenle) fesih sebeplerini ayrı başlık altında değerlendirmek, isabetli olacaktır.

<sup>33</sup> ÇELİK, Nuri/ CANIKLIOĞLU, Nurşen/ CANBOLAT, Talat, s.348.

<sup>34</sup> OĞUZMAN, Kemal/ BARLAS, Nami: *Medeni Hukuk*, 23. Bası, İstanbul, 2017, s.162-165.

<sup>35</sup> GEREK, Nüvit/ GÖKÇEK KARACA, Nuray/ BAYBORA, Dilek/ KOCABAŞ, Fatma, s.93.

<sup>36</sup> İşverenin yükümlülükleri: kıdem tazminatının ödenmesi, ibraname ve çalışma belgesi düzenlenmesi olarak sıralanabilir. İşverenin yükümlülükleri çalışmamızın dışında olduğundan, ayrıntılı bilgi için bkz: SÜZEK, Sarper, s.770-814.

<sup>37</sup> SÜZEK, Sarper, s.555.

<sup>38</sup> Bakınız: daha sonra değinilecek olan “Sürelî Fesih Bildirimi ile Sona Erdirme (Bildirimli Fesih)” başlığı altında “Bildirim Süreleri”. Belirtilen sürelerle uyulmadığında usulsüz fesih söz konusu olur ve ihbar tazminatı ödeme zorunluluğu ortaya çıkmaktadır.

<sup>39</sup> SÜZEK, Sarper, s.557.

## II. SÜRELİ FESİH BİLDİRİMİ İLE SONA ERDİRME (BİLDİRİMLİ FESİH)

Sürelî fesih, “*bildirimli fesih*” ve “*fesih ihbar*” olarak ifade edilmekle birlikte, İş Kanunu’nun 17. maddesinde düzenlenmiştir. İlgili madde gereğince; sadece belirsiz sürelî sözleşmeler için sürelî fesih bildirimî uygulanabilmektedir<sup>40</sup>. Eğer sözleşme belirli süreliğine yapılmışsa, bildirimîsiz (haklı nedenle) feshe ilişkin düzenlemeler dikkate alınacaktır.

İngiliz hukukunda da Türk hukukunda olduğu gibi; Employment Rights Act 1996 madde 95 hükmü gereğince; fesih, *bildirimli* ve *bildirimîsiz* olmak üzere gerçekleştirilmektedir. Burada kısaca belirtmek gerekir ki; İngiliz Hukuku’nda haksız fesih, “*wrongful dismissal*” ve “*unfair dismissal*” olmak üzere iki başlık altında değerlendirilebilir. “*Wrongful dismissal*” olarak ifade edilen işten çıkarılma durumu; işverenlerin işçilerine işten çıkarıldığını *bildirmek suretiyle*, ancak bildirim süresi içerisinde işçilerine herhangi bir tazminat ödemedi veya ödemesi gereken tazminat miktarından daha az bir ödeme yapıldığında, ya da bildirim sürelerine uymamaları hâlinde ihbar tazminatının ödenmemesi durumlarında meydana gelebilmektedir<sup>41</sup>. *Wrongful dismissal* olarak ifade edilen işten çıkarılma durumları söz konusu olduğunda, işçinin belirli veya belirsiz süreli iş sözleşmesi altında çalışması hâlinde, işverenine karşı dava açma ve tazminat hakkı doğacaktır<sup>42</sup>. Oysa ki Türk Hukuku’nda bildirimli feshin gerçekleşmesi bakımından, işçinin belirsiz süreli iş sözleşmesi altında çalıştırılması gerekmektedir<sup>43</sup>. Türk Hukuku’nda işçinin iş sözleşmesi belirli bir süreliğine yapılmışsa, bildirimîsiz (haklı nedenle) feshe ilişkin kurallar uygulanmaktadır.

İngiliz Hukuku’nda Employment Rights Act 1996, madde 94-98 hükümleri arasında düzenlenmiş; “*unfair dismissal*” olarak ifade edilen bir diğer haksız nedenle işten çıkarılma durumu da mevcuttur. *Unfair dismissal*, doğruluk kurallarına aykırı olarak işverenler tarafından işçilerin

<sup>40</sup> ÇELİK, Nuri/ CANİKLİOĞLU, Nurşen/ CANBOLAT, Talat, s.353.

<sup>41</sup> Citizens Advice: Your Notice Period During Dismissal, 2022, <https://www.citizensadvice.org.uk/work/leaving-a-job/dismissal/your-notice-period-during-dismissal/> (Erişim Tarihi: 20.09.2022); DAVIES, A.C.L., s.329-330.

<sup>42</sup> TURNER, Chris, s.112.

<sup>43</sup> ÇELİK, Nuri/ CANİKLİOĞLU, Nurşen/ CANBOLAT, Talat, s.353.

iş sözleşmeleri feshedildiğinde gerçekleşmektedir<sup>44</sup>. Türk Hukuku'nda yer alan "Sürelî Fesih için Geçerli Sebepler" başlığı altında incelenecek sebeplere benzer şekilde; Employment Rights Act 1996 madde 98(2) hükmünde belirtilen işçinin yeterliliği, davranışları, iş gücü fazlalığı veya kanun kısıtlaması nedenlerinin varlığı dışında, "unfair dismissal" olarak ifade edilen doğruluk kurallarına aykırı olacak şekilde işten çıkarılma durumlarında, hukuka aykırılığın bulunduğu kabul edilmektedir<sup>45</sup>.

Unfair dismissal, yine İngiliz Hukuku'ndaki wrongful dismissal işten çıkarılma durumlarında olduğu gibi; süresi belirli veya belirsiz bir iş sözleşmesi altındaki çalışanları kapsamaktadır<sup>46</sup>. İngiliz Hukuku'nda çalışanların "unfair dismissal" fesih türüne dayanarak işverenlerine karşı dava açma hakkı, süresi belirli iş sözleşmelerinde belirtilen sürenin dolmasını beklemeden, işveren tarafından sonlandırıldığında mümkün olabileceği üzere, belirtilen süre dolduğunda iş sözleşmelerinin *uzatılmadığı* hâlde de doğması mümkündür<sup>47</sup>. Belirsiz süreli iş sözleşmesi altında çalışanlara da aynı koruma mevcuttur. Burada işçinin dava açma hakkı, sözleşmesi işveren tarafından feshi ihbar süresi verilmeden sonlandırıldığında söz konusu olacaktır<sup>48</sup>.

Türk Hukuku'nda iş güvencesi kapsamındaki işçiler, süresi belirsiz olan sözleşmeler ile çalışan,<sup>49</sup> otuz kişi veya otuz kişiden fazla çalıştıran

<sup>44</sup> DALDAL, Zeynep: İş Sözleşmesinin Feshi ve Sonuçları: 4857 ve 5953 Sayılı Kanunların İncelenmesi Uzmanlık Tezi, T.C. Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı Çalışma Genel Müdürlüğü, Ankara 2014, s.56.

<sup>45</sup> DALDAL, Zeynep, s.56.

<sup>46</sup> Citizens Advice: Check if your Dismissal is Unfair, 2022, <https://www.citizensadvice.org.uk/work/leaving-a-job/dismissal/check-if-your-dismissal-is-fair/> (Erişim Tarihi: 20.09.2022).

<sup>47</sup> DUDDİNGTON, John, s.290; Citizens Advice: Check if your Dismissal is Unfair, 2022, <https://www.citizensadvice.org.uk/work/leaving-a-job/dismissal/check-if-your-dismissal-is-fair/> (Erişim Tarihi: 20.09.2022).

<sup>48</sup> Ayrıntılı bilgi için bakınız: *A Guide to UK Employment Law 2014*, [http://www.kemp-little.com/cms/document/Guide\\_to\\_UK\\_Employment\\_Law.pdf](http://www.kemp-little.com/cms/document/Guide_to_UK_Employment_Law.pdf) (Erişim Tarihi: 16.12.2020), s.49.

<sup>49</sup> GÖKTAŞ, Seracettin: İş Sözleşmesinin İşverence Feshi ve İş Güvencesi, *Ankara Barosu Dergisi*, Yıl 66, Sayı 1, Kış 2008, s.17, 22.

işyerlerinde çalışan,<sup>50</sup> asgari olarak altı ay kıdemli<sup>51</sup> ve ilgili işletmeyi bir bütün olarak sevk ve idare etmek için yetkili olmayan kişilerdir<sup>52</sup>. İş güvencesi olsun veya olmasın<sup>53</sup>, İş Kanunu'nun 17. maddesi gereğince; süreli fesihle tüm çalışanlara uygulanacak ihbar süresini düzenleyen hükümler mevcuttur (daha fazla bilgi için daha sonra incelenecek olan "Bildirim Süreleri" başlığına bakınız). Belirtilen süreler; İş Kanunu'nun 17. maddesinin 3. fıkrası gereği; taraflar arasında yapılan bir sözleşme ile artırılabilir. Süreli fesih türünde, taraflardan birinin diğer tarafa sözleşmeyi feshettiğine dair bildirimde bulunmalıdır<sup>54</sup>. İngiliz hukukunda da benzer düzenlemeler mevcuttur. Employment Rights Act 1996, madde 86(3) hükmünde belirtildiği üzere; fesih için karşı tarafa verilecek olan bildirim süresi, işçinin iş sözleşmesinde kararlaştırılmış olabileceği gibi, böyle bir sürenin kararlaştırılmamış olması durumunda, Employment Rights Act 1996, madde 86(1) ve (2) hükümlerinde düzenlenen bildirim sürelerine taraflar uymak zorundadır<sup>55</sup>. İlgili kanunun 86. maddesi'nin 1. fıkrası işverenlerin; 86. maddesinin 2. fıkrası ise işçilerin uyması gereken bildirim sürelerini düzenlemektedir. Employment Rights Act 1996, madde 86(1)(a) hükmü gereği; en az 1 ay ve en fazla 2 yıl süresince çalışan işçinin iş sözleşmesi işvereni tarafından feshedilecekse, işçi tarafına en az 1 haftalık bildirim süresi verilmelidir. Yine madde 86(1)(b) hükmünde; işçinin en az 1 ay ve 2 yıldan fazla, ancak 12 yılı geçmediği sürece çalışması, 2. yılından itibaren çalışmış olduğu her yıl için bir hafta daha bildirim süresine eklenmektedir. Madde 86(1)(c) hükmü gereği ise; 12 yıldan fazla çalışan işçilere fesih için verilecek olan bildirim süresi, en az 12 hafta olmalıdır. Employment Rights Act 1996, madde 86(2) hükmü; işçilerin fesih için uymaları gereken bildirim süresini düzenlemektedir. İlgili hüküm

<sup>50</sup> "Otuz işçi sayısının hesabına hastalık, yıllık izin, kısa süreli askerlik gibi nedenlerle iş sözleşmeleri geçici olarak askıda olan işçileri de dahil etmek gerekir." Soyer, Polat: "İşçiyi Bireysel Fesihlere Karşı Koruyan Yasal Düzenlemelerin Genel Çerçevesi ve Yargıtay Kararları Işığında Uygulama Sorunları" Legal 2005 Yılı Toplantısı s.27-69 (İşçiyi Bireysel Fesihlere Karşı Koruma); GÖKTAŞ, Seracettin, s.17, 23-25

<sup>51</sup> GÖKTAŞ, Seracettin, s.25-28.

<sup>52</sup> 4857 sayılı İş Kanunu madde 18, SOYER, Polat, s.27-69 (İşçiyi Bireysel Fesihlere Karşı Koruma); GÖKTAŞ, Seracettin, s.17, 29.

<sup>53</sup> İş güvencesi kapsamı dışında olan işçiler çalışmamızın dışındadır.

<sup>54</sup> SÜZEK, Sarper, s.558; MANAV, Eda, s.31.

<sup>55</sup> TURNER, Chris, s.109; Citizens Advice: Your Notice Period During Dismissal, 2022, <https://www.citizensadvice.org.uk/work/leaving-a-job/dismissal/your-notice-period-during-dismissal/> (Erişim Tarihi: 20.09.2022).

gereği; bir aydan fazla çalışan işçilerin, işverenlerine fesih için vermeleri gereken bildirim süresinin en az 1 hafta olduğu belirtilmiştir. Türk ve İngiliz Hukuku bakımından düzenlenen bildirim sürelerine bağlı olarak; iş sözleşmesinin bir tarafı, sözleşmeyi feshedeceği yönünde karşı tarafa bildirimde bulunursa, iş sözleşmesi hemen sona ermemekle birlikte, belirli bir süreliğine devam etmektedir ve tanınan sürenin dolması ile kesin olarak sona ermektedir<sup>56</sup>.

İş Kanunu'nda yer alan madde 18 hükmü gereğince; işveren tarafı, çalışanın sözleşmesini geçerli sebeplere veya geçerli olan tek sebebe dayanarak sonlandırabilir<sup>57</sup>. Özellikle işçiyi feshetme karşılığında işini kaybetme korkusunu yaşatmamak ve iş güvencesini sağlamak için getirilen bu düzenlemeler, iş güvencesi kapsamındaki işçiler için geçerlidir. İş güvencesi, geniş anlamda "...işçinin işini kaybetmesini güçleştiren veya işini kaybetmesinden dolayı uğradığı zararı ve riski hafifletmeye, hatta telafi etmeye yönelik tüm önlemlerdir"<sup>58</sup>. İngiliz Hukuku'nda ise iş güvencesinden yararlanmak için Türk Hukuku'nda olduğu gibi 6 aylık kıdem şartı değil, 6 Nisan 2012 tarihinden önce işe başlanmış ise en az *bir yıllık*, bu tarihten sonra işe başlayanlar için *iki yıllık* kıdem şartı aranmaktadır<sup>59</sup>. Çalışma süresi; Employment Rights Act 1996 madde 211(1)(a) hükmü gereği; sözleşmede belirtilen gün itibarıyla başlamakta olup, fiilen işe başlama tarihi dikkate alınmamaktadır<sup>60</sup>.

İş güvencesine tabi olmayan işçiler için ise iş sözleşmesi *geçerli sebep göstermeksizin* süreli fesih yöntemiyle sonlandırabilir. Örneğin; altı aylık kıdeme sahip olan bir işçi, ("Bildirim Süreleri" başlığı altında daha sonra

<sup>56</sup> Fesih bildirim süresi içinde işçi ve işveren arasındaki bütün hak ve borçlar devam etmektedir. Bknz: SÜZEK, Sarper, s.565. Türk ve İngiliz hukukundaki fesih bildirim sürelerine daha sonra, "Bildirim Süreleri" başlığı altında değinilmiştir.

<sup>57</sup> ÇELİK, Nuri/ CANIKLIOĞLU, Nurşen/ CANBOLAT, Talat, s.377.

<sup>58</sup> KUTAL, Metin, "İşçinin Feshe Karşı Korunması Kavramı, İktisadi ve Sosyal Boyutları", İş Hukukuna ve Sosyal Güvenlik Hukukuna İlişkin Sorular ve Çözüm Önerileri 2001 Yılı Toplantısı, İstanbul 2002, s.16.

<sup>59</sup> Dismissing Staff: Eligibility to Claim Unfair Dismissal, <https://www.gov.uk/dismissing-staff/eligibility-to-claim-unfair-dismissal> (Erişim Tarihi: 21.09.2022).

<sup>60</sup> *General of Salvation Army v Dewberry*, [1984] kararı. Ayrıntılı bilgi için bakınız: Turner, Chris, s.109-110. İngiliz Hukukunda hastalık, yaralanma, kısa süreliğine ara verme, hamilelik gibi durumlar kıdem şartını etkilemez. İşçi işine devam ettiği sayılır (işe devamlılığını etkilemez). Ayrıca grev ve sözleşmenin hukuka aykırı olması devamlılık süresini etkilese de işçinin kıdemi hesaplanırken bu süreler dikkate alınmayacaktır. Bakınız: TURNER, Chris, s.109-110; BOWERS, John, s.36-37.

değınilecek) madde 17 hükmünde belirtilen bildirim sürelerine uyarak, “iki hafta sonra işten ayrılacağım”<sup>61</sup> şeklinde fesih bildiriminde bulunursa, bu bildirim, iş sözleşmesini iki hafta sonra sonlandırmak için yeterli olacaktır. Buna karşılık, İngiliz hukukunda da işten ayrılmak isteyen ve bir aylık kıdeme sahip olan işçi, Employment Rights Act 1996, madde 86(2) hükmü gereği; *en az bir haftalık* bildirim süresi vermelidir<sup>62</sup>.

Bazı durumlarda, işveren de geçerli sebebe dayanmadan iş sözleşmesini süreli feshi yöntemiyle sonlandırabilir. Bu düzenleme, çalışmamızın dışında olan iş güvencesi kapsamı dışındaki işçiler için geçerlidir<sup>63</sup>. Bu gibi durumlarda işveren, bildirim sürelerine uyabilir veya sürelerle ilişkin peşin olarak ücret ödeyebilir,<sup>64</sup> böylelikle belirsiz süreli sözleşmeyi süreli fesih yöntemiyle sona erdirebilir.

### A. Süreli Fesih İçin Geçerli Sebepler

İş güvencesi kapsamındaki çalışanların sözleşmeleri işverenin süreli fesih yöntemiyle sona erdirilmesi, geçerli sebep gerektirmektedir. Süreli fesih bildirimi için geçerli sebepler; İş Kanunu madde 18 hükmünde belirtildiği gibi; çalışanın yetersizliği, davranışları, işletme, iş yeri veya işin gereklerinden doğan sebepler olarak yer almaktadır. Bu bağlamda; süreli fesih nedenleri, işçiyi ilgilendiren sebeplerin yanı sıra, işverenden kaynaklanan sebepler olarak ikiye ayrılabilir.

<sup>61</sup> GEREK, Nüvit/ GÖKÇEK KARACA, Nuray/ BAYBORA, Dilek/ KOCABAŞ, Fatma, s.104.

<sup>62</sup> TURNER, Chris, s.109-111; HONEYBALL, Simon, s.73; BOWERS, John, s.2; Citizens Advice: Your Notice Period When Resigning, 2022, <https://www.citizensadvice.org.uk/work/leaving-a-job/resigning/your-notice-period-when-resigning/> (Erişim Tarihi: 21.09.2022).

<sup>63</sup> İş güvencesi kapsamı dışındaki işçilerin iş sözleşmelerine süreli fesih yöntemiyle son verilirken, iş güvencesi kapsamındaki işçilerde olduğu gibi fesih nedenlerinin yazılı olarak açık ve kesin belirtilmeleri gerekmez. Diğer temel fark ise; iş güvencesi dışındaki işçilerin savunmalarının alınmaları da zorunlu değildir. Bknz: SÜZEK, Sarper, s.556.

<sup>64</sup> 4857 sayılı İş Kanunu, madde 17(5): “İşveren bildirim süresine ait ücreti peşin vermek suretiyle iş sözleşmesini feshedebilir”. Ayrıca bknz: SÜZEK, Sarper, s.556. Aynı düzenleme, İngiliz hukukunda da mevcuttur. Bakınız: TURNER, Chris, s.109-110. Bildirim sürelerine ilişkin düzenlemelere daha sonra “Bildirim Süreleri” başlığı altında değinilmiştir.



## 1. İşçinin Yetersizliği veya Davranışları

Sürelili fesih bildirim sebeplerine ilişkin olarak, kanunda örneklere yer verilmemiştir. Buna rağmen; uygulamada görülen ve kanunun gerekçesinde belirtilen, çalışan kişinin *yetersizliğinden* doğan sebepler; benzer işi görenlerden ortalama olarak daha az verimli çalışma, göstermiş olduğu niteliklerden beklenene bakıldığında, bundan daha düşük olan performansla sahip olmak, çalışanın işine yoğunlaşmasının giderek azalması durumu veya işine yatkın olmaması; öğrenme yetersizliği veya kendini yetiştirme yetersizliği; çalışanın sıkça hastalanması; işini gerektiği şekilde yapmasını sürekli olarak etkileyen hastalık ve uyum yetersizliği, örnek olarak gösterilebilir. Ancak belirtilen bu sebepler, işçiyi çalışamaz duruma getirmemelidir<sup>65</sup>. Örneğin; 2018 yılında verilen bir kararda, davacı işçinin 2015 yılı içerisinde 67,5 saat sebepsiz devamsızlık, 45 saat vizite, 3 saat ücretsiz izin, 157,5 saat SGK istirahati aldığı ve bunların işgücü ve iş yeri başarısını olumsuz etkilemesi sebepleri ile İş Kanununun 18. maddesi kapsamında iş sözleşmesi işveren tarafından feshedilmişti. Yargıtay, işçinin sıkça rapor almasının iş yerinde olumsuzluklara neden olduğu sebebiyle, sözleşmesinin bildirimli veya süreli olmak üzere feshedilebileceğine dair karar vermiştir<sup>66</sup>.

İngiliz hukukunda işçinin yetersizliğine dayanarak işveren tarafından işçinin iş sözleşmesinin feshedilmesi; Employment Rights Act 1996, madde 98(2)(a); 98(3)(a) ve (b) hükümlerinde düzenlenmiştir. İlgili madde hükümlerinde; Türk Hukuku'nda olduğu gibi işçinin yetersizliğine ilişkin örneklere yer verilmemiş, ancak madde 98(3)(a) hükmünde bir işçinin işini yapma konusundaki yeterliliği; beceri, yetenek, sağlık veya başka herhangi bir fiziksel veya zihinsel özelliğe atıfta bulunarak değerlendirilmesi gerektiği yönünde ifade edilmektedir. Kanun'un

<sup>65</sup> 4857 sayılı İş Kanunu madde 18 gerekçesi. Ayrıca bakınız: GEREK, Nüvit/ GÖKÇEK KARACA, Nuray/ BAYBORA, Dilek/ KOCABAŞ, Fatma, s.98; GÖKTAŞ, Seracettin, s.38-40; MANAV, Eda, s.74-80; ÇELİK, Nuri/ CANIKLIOĞLU, Nurşen/ CANBOLAT, Talat, s.388-390.

<sup>66</sup> Yargıtay 9. Hukuk Dairesi K.2016/768, E.2016/35051 T.22.01.2018. Ayrıca bakınız: Yargıtay 9. Hukuk Dairesi K.2018/22732, E.2018/3958 T.10.12.2018, *Çalışma ve Toplum Ekonomi ve Hukuk Dergisi*, Yargıtay Kararları, 2019, Cilt: 2, Sayı: 61, (<https://calisma-toplum.org/yargitay-karari/sik-sik-rapor-alma-gecerli-fesih>) Erişim Tarihi: 22.08.2022; Yargıtay 22. Hukuk Dairesi K.2013/16856, E. 2013/18075 T. 08.07.2013 (<https://legalbank.net/arama/mahkeme-kararlari>) Erişim Tarihi: 22.08.2022; Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, K. 2019/7373, E. 2018/8229, T. 01.04.2019 (<http://www.kazanci.com.tr/gunluk/9hd-2018-8229.htm>) Erişim Tarihi: 22.08.2022.

madde 98(3)(b) hükmünde ise; işçinin sahip olduğu pozisyonla ilgili olarak herhangi bir ünvan, diploma veya diğer akademik, teknik veya mesleki yeterliliği de dikkate alınabilir.

İngiliz Hukuku'ndaki kanun maddelerinde işçinin yetersizliğine bağlı olarak iş sözleşmesinin feshedilmesine ilişkin örneklere yer verilmesi de *Woods v Olympic Aluminium Co* [1975]<sup>67</sup> davasında olduğu gibi işçinin işini yapma konusundaki yetersizliği, neden olarak kabul edilebilir. İşçinin işini yapma konusundaki yetersizliği nedeniyle iş sözleşmesine son verilmesi için *Alidair v Taylor*<sup>68</sup> davasını da örnek olarak verebiliriz. İlgili davada; kötü bir inişten sonra uçağa zarar veren ve yolcuları korku içerisinde bırakan pilotun iş sözleşmesi, işini yapma konusundaki yetersizliği nedeniyle feshedilmişti. Mahkeme; pilotların gerekli olan mesleki beceri derecelerinin yüksek olduğu ve ilgili davada pilotun bu yüksek standartlara uygun bir şekilde davranmadığı, dolayısıyla işten çıkarılmak için geçerli bir nedenin varlığına dair karar vermiştir. Ancak yine de belirtmeliyiz; işçinin işini yapma konusundaki yetersizliği nedeniyle dayanarak işçinin iş sözleşmesinin feshedilmesi; bazı durumlarda haksız fesih de sayılabilmektedir. Örneğin; *Steelprint Ltd v Haynes* [1996]<sup>69</sup> davasında; işveren, işyerini yeniden yapılandırdıktan sonra, bilgisayar yazılımı konusunda çalışanlarına eğitim sağlamamış, işçinin işini yapma konusundaki yetersizliği nedeniyle bir çalışanın iş sözleşmesine son vermiştir. Mahkeme; işverenin işyerindeki yeni yapılandırmalar sonrasında çalışanlarına bilgisayar yazılımı konusunda eğitimi sağlamaması nedeniyle çalışanın iş sözleşmesine son verilmesinin haksız olduğu yönünde karar vermiştir.

İşverenin; işçinin yetersizliği nedeniyle iş sözleşmesine son vermesi, *McPhee v George Wright* [1975]<sup>70</sup> davasındaki karar gereği işçinin sağlık nedenlerinden dolayı işini yapamaması durumlarını da

<sup>67</sup> *Woods v Olympic Aluminium Co* [1975] IRLR 356 <http://swarb.co.uk/woods-v-olympic-aluminium-ltd-1975/> (Erişim Tarihi: 21.09.2021). Ayrıca bakınız: LEWIS, Joan: *Employment Law and Occupational Health: A Practical Handbook*, 2.Bası, Oxford 2010, s.171; SARGEANT, Malcolm/ LEWIS, David, s.267-268; DAVIES, A.C.L, s.313; CABRELLI, David, s.140.

<sup>68</sup> *Alidair v Taylor* [1977] EWCA Civ J1027-5, No. EAT/324/76, <https://vlex.co.uk/vid/alidair-ltd-v-taylor-793017681> (Erişim Tarihi: 19.09.2022).

<sup>69</sup> *Steelprint Ltd v Haynes* [1996] 69 UKEAT 467\_95\_0107, EAT/467/95, [https://www.bailii.org/uk/cases/UKEAT/1996/467\\_95\\_0107.html](https://www.bailii.org/uk/cases/UKEAT/1996/467_95_0107.html) (Erişim Tarihi: 19.09.2022).

<sup>70</sup> *McPhee v George Wright*, [1975]: TURNER, Chris, s.120.

kapsayabilmektedir. Buna rağmen; *Rumbold v Jaguar Land Rover* [2020]<sup>71</sup> davasında işçinin sağlık sebeplerine bağlı olarak işini yapamaması hâlinde iş sözleşmesinin hemen feshedilmemesi gerektiğini, işveren tarafından işçinin durumuna özen göstermesi, gerekirse ona yapabileceği bir başka işin verilebileceğini, aksi halde haksız fesih olarak kabul edilebileceğine dair karar verilmiştir. *Tayside Regional Council v McIntosh* [1982]<sup>72</sup> davasında ise; işin niteliğine ilişkin şartlara uymamak, işçinin yetersizliğinden dolayı iş sözleşmesinin feshedilebilmesi için bir diğer neden olarak kabul edilebilir. Belirtilen örnekler kanunda açık olarak sayılmadığından; işçinin yetersizliği sebebiyle iş sözleşmesinin feshedilmesi, bunlarla sınırlı değildir.

Türk hukukunda işçinin davranışlarına ilişkin sebepler de İş Kanunu'nun gerekçesinde yer almaktadır. İlgili sebepler; çalışanın davranışlarının iş sözleşmesine aykırı düşmesi;<sup>73</sup> çalışanın işveren tarafına zarar vermesi veya zararın tekrar edilmesinin tedirginliğinin yaşatılması; rahatsızlık verecek şekilde diğer çalışanlardan borç para istemesi; diğer çalışanları işverene karşı kıskırtması; işini yerine getirirken uyarılara rağmen bunu eksik, kötü veya yetersiz bir şekilde yapması; iş akışını ve ortamı olumsuz etkileyecek şekilde başka kişilerle ilişkiye girmesi; uzun telefon görüşmelerinin yapılması; sıkça işe geç gidilmesi; işini aksatacak şekilde iş yerinde dolaşması; amir veya diğer çalışanlarla ciddi bir geçimsizliğin olması; sık sık ve gereksiz durumlarda tartışmaya girişmek gibi hâller, sınırlı sayıda olmamakla birlikte örnek olarak verilebilir<sup>74</sup>.

İş akışını etkileyecek nitelikte bir davranışa örnek verecek olursak, Yargıtay'ın vermiş olduğu karara değinebiliriz. Burada bir hemşirenin

<sup>71</sup> *Rumbold v Jaguar Land Rover* [2020], Case Number: 1301922/2019(V), [https://assets.publishing.service.gov.uk/media/5fd367ac8fa8f54d5f67a7cf/Mr\\_V\\_Rumbold\\_v\\_Jaguar\\_Land\\_Rover-1301922\\_2019-\\_\\_Reserved\\_Judgment\\_.pdf](https://assets.publishing.service.gov.uk/media/5fd367ac8fa8f54d5f67a7cf/Mr_V_Rumbold_v_Jaguar_Land_Rover-1301922_2019-__Reserved_Judgment_.pdf) (Erişim Tarihi: 08.09.2022).

<sup>72</sup> *Tayside Regional Council v McIntosh* [1982] IRLR 272 EAT: TURNER, Chris, s.120.

<sup>73</sup> İşçinin iş sözleşmesine aykırı davranışları sebebine ilişkin Yargıtay, takip edilen amacın "işçinin daha önce işlediği iş sözleşmesine aykırı davranışları cezalandırmak veya yaptırma bağlamak değil; onun sözleşmesel yükümlülükleri ihlale devam etmesi, tekrarlaması rizikosundan kaçınmak..." olduğunu belirtmektedir. T.C.bYargıtay 9. Hukuk Dairesi K.2018/8963, E.2017/23999 T.18.04.2018 (<https://legalbank.net/arama/mahkeme-kararlari>) Erişim Tarihi: 22.08.2022.

<sup>74</sup> 4857 sayılı İş Kanunu madde 18 gerekçesi. Ayrıca bakınız: GEREK, Nüvit/ GÖKÇEK KARACA, Nuray/ BAYBORA, Dilek/ KOCABAŞ, Fatma, s.98. MANAV, Eda, s.80-87; ÇELİK, Nuri/ CANIKLIOĞLU, Nurşen/ CANBOLAT, Talat, s.390-392.

(davacının) hasta yataklarının üzerine oturması ve “hasta gelmesin diye dua ederken biz” yazısı ile fotoğrafını sosyal medya ortamında paylaşmasının haklı fesih nedenini oluşturmadığı, ancak geçerli sebep olarak değerlendirilmesi gerektiği, dolayısıyla davacının işe iadesi istemi reddedilmiştir. Sosyal medya ortamında yayınlanan fotoğrafın çalışma saatlerinde olduğunun tespit edilmesi, davalı hastane kurumunun isminin ve logosunun yer alması, davacının giydiği forma ve taktığı yaka kartı, çalışma ortamındaki disiplini etkileyeceği, hatta işin akışını da etkileyeceği yönünde karar verilmiştir<sup>75</sup>.

Türk Hukuku’nda olduğu gibi; İngiliz Hukuku’nda da işçinin davranışlarına bağlı olarak iş sözleşmesi işveren tarafından feshedilebilir. Employment Rights Act 1996, madde 98(2)(b) hükmü gereği; işveren, işçinin davranışları nedeniyle iş sözleşmesini feshetme hakkına sahiptir. Ancak Türk Hukuku’nda olduğu gibi, kanun maddesinde işçinin davranışlarına ilişkin örnekler yer verilmemiştir. Bu sebeple; İngiliz Hukuku’ndaki içtihat kararları, bize yol göstermektedir. İlk olarak; *Rumbold v Jaguar Land Rover* [2020]<sup>76</sup> davasını örnek olarak verebiliriz. İlgili davada; 20 yıl boyunca çalışmış olduğu işyerinde 808 vardiyasına gidemeyen davacı işçinin iş sözleşmesi, davalı işveren tarafından işçinin davranışları ve işçinin işini yapma konusundaki yetersizliğine bağlı olarak feshedilmiştir. İşçinin işe devamsızlığının sebebi, kalçası ile ilgili olarak sorunlar yaşaması ve kronik ağrılara neden olan avasküler nekroz hastalığının gelişmesidir. Mahkeme; işçinin sağlık sebeplerine bağlı olarak işe devamsızlığı nedeniyle iş sözleşmesinin işveren tarafından feshedilmesinin haksız olduğu sonucuna varmıştır. Mahkemenin vermiş olduğu karar gereğince; davalı işveren, işyerindeki devamsızlık yönetimi prosedürlerini takip etmelidir ve davacının işe devamsızlığının nedenini tespit etmekle yükümlüdür. Bunu tespit ettikten sonra işçinin devam eden istihdamı ile ilgili olarak herhangi bir karar vermeden, tespit edilen sebeplerin özenle dikkate alınması gerektiğini, hatta işçiye yapabileceği başka bir işin verilmesi gerektiği yönünde karar verilmiştir.

<sup>75</sup> TC Yargıtay 7. Hukuk Dairesi K.2016/11591, E.2015/46017 T.26.05.2016 (<https://legalbank.net/arama/mahkeme-kararlari>) Erişim Tarihi: 22.08.2022.

<sup>76</sup> *Rumbold v Jaguar Land Rover* [2020], Case Number: 1301922/2019(V), [https://assets.publishing.service.gov.uk/media/5fd367ac8fa8f54d5f67a7cf/Mr\\_V\\_Rumbold\\_v\\_Jaguar\\_Land\\_Rover-\\_1301922\\_2019-\\_Reserved\\_Judgment\\_.pdf](https://assets.publishing.service.gov.uk/media/5fd367ac8fa8f54d5f67a7cf/Mr_V_Rumbold_v_Jaguar_Land_Rover-_1301922_2019-_Reserved_Judgment_.pdf) (Erişim Tarihi: 08.09.2022).

İşçinin davranışlarına bağlı olarak iş sözleşmesinin işveren tarafından feshedilmesine ilişkin bir diğer dava; *Hann & Edwards v Crittall Hope* [1972],<sup>77</sup> davasıdır. Bu davada karar verildiği üzere; makul ve hukuka uygun iş talimatlarına uymama, işçinin davranışları nedeniyle iş sözleşmesinin feshedilmesi için bir sebep olarak gösterilebilir. İş talimatlarına uymama konusuna ilişkin olarak daha güncel bir dava örneği; *Deimantas Kubilius v Kent Foods Limited* [2020]<sup>78</sup> davasıdır. Bu dava; COVID-19 pandemisi sırasında görülmüştü. Pandemi sırasında yüz maskesi takma zorunluluğu getirilmiş, ancak davacı işçinin sürekli olarak uyarılmasına rağmen yüz maskesini takmaması ve bu konuda ısrarcı olması nedeniyle iş sözleşmesinin işveren tarafından feshedilmesinin haklı nedenle bir fesih türü olduğu kabul edilmiştir.

*Parsons v McLoughlin* [1978],<sup>79</sup> davasında ise işçinin ciddi disiplin suçu işlemesi ve *Moore v C & A Modes* [1981]<sup>80</sup> davasında olduğu gibi işçinin bir ceza suçu işlemesi de işçinin davranışlarına ilişkin olarak iş sözleşmesinin feshedilmesine yol açan sebep olarak kabul edilmiştir. Belirtilen nedenler, işçinin davranışları nedeniyle iş sözleşmesinin işveren tarafından feshedilmesine ilişkin olarak sadece örnek olarak verilmiş, bunlarla sınırlı olmadığını belirtmeliyiz.

Türk ve İngiliz Hukuku'nda işçinin davranışlarına ilişkin bir diğer fesih nedeni, işçinin bir başka işçiye karşı *mobbing* veya *psikolojik taciz* uygulamasıdır<sup>81</sup>. *Mobbing*, "her tür incitici ve küçük düşürücü tutum ve davranışlar"<sup>82</sup> olarak tanımlanmaktadır. İş Kanunu'nda "mobbing" kelimesine yer verilmemiştir. Ancak Türk Borçlar Kanunu'nun 417. maddesi gereğince; işverenin, çalışanlarının psikolojik taciz eylemlerinden koruma ve bu tür tacize uğrayan çalışanlar için gerekli önlemleri alma yükümlüğü

<sup>77</sup> *Hann & Edwards v Crittall Hope* [1972]: TURNER, Chris, s.120; CHANDLER, Peter: *A-Z of Employment Law*, 4. Bası, London 2003, s.245-247.

<sup>78</sup> *Deimantas Kubilius v Kent Foods Limited* [2020], Case Number: 3201960/2020 V, [https://assets.publishing.service.gov.uk/media/602cf1398fa8f50383c41fa8/D\\_Kubilius\\_v\\_Kent\\_Foods\\_UK\\_Ltd\\_-\\_3201960\\_2020\\_-\\_Judgment.pdf](https://assets.publishing.service.gov.uk/media/602cf1398fa8f50383c41fa8/D_Kubilius_v_Kent_Foods_UK_Ltd_-_3201960_2020_-_Judgment.pdf) (Erişim Tarihi: 08.09.2022).

<sup>79</sup> *Parsons v McLoughlin* [1978]: TURNER, Chris, s.121.

<sup>80</sup> *Moore v C & A Modes* [1981]: TURNER, Chris, s.121.

<sup>81</sup> KESER, Hakan: "İş Sözleşmesinin Mobbing Sebepi ile Feshi Üzerinde Bir Değerlendirme" Prof. Dr. Fevzi Demir'e Armağan (*İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi*) Özel Sayı, İstanbul 2016, s.270.

<sup>82</sup> KESER, Hakan, s.264.

altında olduğu kabul edilmektedir<sup>83</sup>. Başka bir ifadeyle, bir işçinin başka bir işçiye psikolojik taciz uygulaması hâlinde, psikolojik tacizi uygulayan işçinin iş sözleşmesinin feshedilmesi ve böylelikle işine son verilmesi için haklı nedenle bir fesih sebebini oluşturmaktadır.

Mobbing kavramı, İngiliz hukukunda “*workplace bullying*” (işyeri zorbalığı)<sup>84</sup> olarak yerini almaktadır. İngiliz hukukundaki *Haringey Council v Al-Azzawi* [2001] davasında,<sup>85</sup> işçi bir diğer çalışana ırkçılık yaparak, “*kanlı arap*” sözlerini söylemiş ve çalışan işverene karşı dava açmıştır. İlk derece mahkemesinde görülen davada, çalışan davayı kazanmış, ancak sonrasında işveren, davayı İstinaf Mahkemesine taşımıştır. İstinaf Mahkemesi, işverenin ırkçılık yapan işçiyi uyarması ve sonrasında tüm çalışanlarını ırk, cinsiyet, yaş, din, cinsel eğilim konusunda eşitliği vurgulamasını hedefleyen bir eğitim programı düzenlemesi sebebiyle, işvereni haklı bulmuştur. Burada önemli olan, işverenin işyerinde çalışmakta olan çalışanlarının eşitliğini vurgulaması ve her türlü zorbalığa karşı gelmesini sağlayan eğitim programlarının düzenlemiş olmasıdır. Eğer şikâyet edilen işçinin davranışları uyarıdan ve eğitimlerden sonra devam etseydi, diğer işçiye karşı davranışları “*mobbing*” sayılıp, iş sözleşmesinin feshedilmesi için haklı nedenle bir fesih sebebini oluşturmuş olacaktı.

İngiliz Hukuku’nda işyeri zorbalığına ilişkin olarak bir diğer dava örneği; *Carol Hurley v East Sussex Healthcare NHS Trust* [2021]<sup>86</sup> davasıdır. İlgili davada davacı, davalı kurumun maliye bölümünde çalıştığı, ancak sürekli olarak başka çalışanlar tarafından işyeri zorbalığına maruz kaldığından, istifa etmek durumunda kalmıştır. Bir olayda; bölüm müdürü ertesi gün 3 saatlik bir sunum yapması gerektiği yönünde alaya alacak şekilde davacıya e-postalar göndermiş, davacı ise bunu başka bir müdüre aktardığında diğer meslektaşları tarafından dışlanmaya başlanmış olması, davacının bilgisayar ortamındaki tabloların tahrif edilip bilgilerin silinmesi, masa çekmecelerinin boşaltılması ve masasından önemli notlarının kaldırılması gibi başka kötü şakalara maruz kalmıştı. Davacı; bu

<sup>83</sup> KESER, Hakan, s.266.

<sup>84</sup> KESER, Hakan, s.262; PYPER, Doug, s.9

<sup>85</sup> *Haringey Council v Al-Azzawi* [2001] UKEAT 158\_00\_0312 [http://www.bailii.org/uk/cases/UKEAT/2001/158\\_00\\_0312.html](http://www.bailii.org/uk/cases/UKEAT/2001/158_00_0312.html) (Erişim Tarihi: 21.09.2021).

<sup>86</sup> *Carol Hurley v East Sussex Healthcare NHS Trust* [2021], Case No: 2300231/2019V, [https://assets.publishing.service.gov.uk/media/60191558d3bf7f70bd7638fc/Mrs\\_C\\_Hurley\\_v\\_East\\_Sussex\\_Healthcare\\_NHS\\_Trust\\_-\\_2300231\\_2019\\_Full\\_hearing.pdf](https://assets.publishing.service.gov.uk/media/60191558d3bf7f70bd7638fc/Mrs_C_Hurley_v_East_Sussex_Healthcare_NHS_Trust_-_2300231_2019_Full_hearing.pdf) (Erişim Tarihi: 08.09.2022).

olaylardan sonra istifa etmiş, durumu Mahkemeye taşımıştı. Mahkeme; işçinin bunu yapmak istemediği hâlde iş sözleşmesine kendisi tarafından son verilmesinin nedeni, diğer çalışanların davranışları olduğu ve iş sözleşmesinin sonlandırılmasının haklı nedenle bir fesih türü olarak kabul edilebileceği, çünkü işi bırakmaya zorlandığını ve bu nedenle ona tazminat verilmesi gerektiği yönünde karar vermiştir.

## 2. İşletme, İş Yeri veya Gereklere Kaynaklanan Sebepler

İşletme, iş yeri veya işin gereklerinden ötürü sebepler, iş gücü fazlalığı gibi sebepler nedeniyle, işverene işçilerinin iş sözleşmelerine son vermesi için gösterilen sebeplerdir. Kanunda yer alan nedenler, işçi ile bağlantısı olmaksızın *işyeri dışında* ve *işyeri içindeki* sebepler olarak ikiye ayrılmaktadır.

*İşyeri dışından* ötürü sebepler, kanunun gerekçesinde; sürüm/satış imkanlarının azaltılması, taleplerin/siparişlerin azalması, enerjinin sıkıntı yaratması, ekonomik kriz, piyasadaki durgunluk, pazar kaybı ve hammadde sıkıntıları olarak sıralanmaktadır<sup>87</sup>. Belirtilen sebeplerden dolayı, çalışma ortamında işin sürdürülmesi imkânsız hâle gelmektedir ve işçinin iş sözleşmesine süreli fesih yöntemiyle son verilebilir.

*İşyeri içindeki* sebepler ise yine kanun gerekçesinde yer almaktadır. Bunlar; çalışma yöntemlerinin farklı bir şekilde uygulanması, çalışma ortamının daraltılması, yeni bir teknolojinin uygulanması, çalışma ortamının veya iş türlerinin bir kısmının tamamen kaldırılması olarak belirtilmiştir<sup>88</sup>.

Türk Hukuku'nda olduğu üzere; İngiliz Hukuku'nda da işletme, işyerinden veya gereklerinden kaynaklı sebeplerle işçilerin iş sözleşmelerinin işveren tarafından sonlandırılması mümkündür. İngiliz Hukuku'nda Employment Rights Act 1996 madde 98(2)(c) ve 139 hükümleri; "*redundancy*" olarak ifade edilen iş gücü fazlalığı nedeniyle işgücünün azaltılmasını hedefleyen işten çıkarılma durumlarını düzenlemektedir<sup>89</sup>.

<sup>87</sup> GEREK, Nüvit/ GÖKÇEK KARACA, Nuray/ BAYBORA, Dilek/ KOCABAŞ, Fatma, S.99; GÖKTAŞ, Seracettin, s.36-38; ÇELİK, Nuri/ CANİKLİOĞLU, Nurşen/ CANBOLAT, Talat, s.392-395.

<sup>88</sup> 4857 sayılı İş Kanunu madde 18 gerekçesi. Ayrıca bakınız: GEREK, Nüvit/ GÖKÇEK KARACA, Nuray/ BAYBORA, Dilek/ KOCABAŞ, Fatma, S.99; GÖKTAŞ, Seracettin, s.36-38; ÇELİK, Nuri/ CANİKLİOĞLU, Nurşen/ CANBOLAT, Talat, s.392-395.

<sup>89</sup> Redundancy: Your Rights. <https://www.gov.uk/redundancy-your-rights> (Erişim Tarihi: 08.09.2022); DAVIES, A.C.L., s.346; CABRELLI, David, s.155; SAPPIDEEN, Carolyn/ M. O'GRADY, Paul/ RILEY, Joellen/ SMITH, Belinda, s.388.

İlgili hükümler gereğince; işverenin işletmesinin veya işyerinin kapatılması ya da kapatılmasının düşünülmesi durumlarında veya çalışanların belirli türde bir işi yapmaları ya da çalıştıkları yerde işi yürütmeleri gereklilikleri sona ermiş, azalmış ya da sona ermesi veya azalması beklenildiğinde; işveren, çalışanlarının iş sözleşmelerine son verebilir<sup>90</sup>. Bu alanda İngiliz Hukuku'ndaki en önemli kararlardan biri; *Safeway Stores Plc v Burrell* [1997]<sup>91</sup> davasıdır. Bu davadaki karar gereği; “redundancy” hükümlerine dayanarak işletme, işyerinden veya gereklerinden kaynaklı sebeplerle işten çıkarma durumlarını değerlendirirken, belirli bir işi yapmak için gereken çalışan sayısında bir azalma olup olmadığına odaklanılmalıdır. Örneğin; *Berkeley Catering Ltd v Mrs J Jackson* [2020]<sup>92</sup> davasında; işveren, çalışanın “Genel Müdür” olarak işletmesinde çalıştığı rolün artık gereksiz olduğunu ve görevlerinin çoğunu kendisi tarafından üstlenileceği için çalışanın iş sözleşmesine son vermiştir. Çalışan; haksız yerden işten çıkarıldığını düşünerek, işverenine karşı dava açmıştır. İlk derece Mahkemesi; işverenin işletmesinde “Genel Müdür” ihtiyacının azaldığı bir durum söz konusu olmadığı, çünkü bu rolün diğer çalışanlar tarafından üstlenilmiş olduğu ve bu nedenle işverenin esas olarak amacının çalışanını sabote etmesi olduğundan, çalışanın haksız yere işten çıkarıldığına karar vermiştir. İstinaf Mahkemesi ise bu kararı bozmuştur. İstinaf Mahkemesi kararı gereği; İlk derece Mahkemesinin vermiş olduğu kararın hatalı olduğu, çünkü “Genel Müdür” ihtiyacının azalıp azalması noktasına odaklandıkları ve bunun yerine *Safeway Stores Plc v Burrell* [1997]<sup>93</sup> davasında belirtildiği üzere belirli bir işi yapmak için gereken çalışan sayısına odaklanmaları gerekmektedir. İlgili davada; işverenin

<sup>90</sup> Chartered Institute of Personnel and Development 2022 (CIPD), ‘Redundancy: An Introduction’, 31.08.2022: <https://www.cipd.co.uk/knowledge/fundamentals/employment/redundancy/factsheet#> (Erişim Tarihi: 09.09.2022); SAPPIDEEN, Carolyn/ M. O’GRADY, Paul/ RILEY, Joellen/ SMITH, Belinda, s.338.

<sup>91</sup> *Safeway Stores Plc v Burrell* [1997] IRLR 200, [1997] ICR 523, [1997] UKEAT 168\_96\_2401, [https://www.bailii.org/uk/cases/UKEAT/1997/168\\_96\\_2401.html](https://www.bailii.org/uk/cases/UKEAT/1997/168_96_2401.html) (Erişim Tarihi: 13.09.2022).

<sup>92</sup> *Berkeley Catering Ltd v Mrs J Jackson* [2020] Appeal No. UKEAT/0074/20/LA(V), [https://assets.publishing.service.gov.uk/media/5fc0fa2a8fa8f559e44d2de1/Berkeley\\_Catering\\_Ltd\\_v\\_Mrs\\_J\\_Jackson\\_UKEAT\\_0074\\_20\\_LA\\_V\\_.pdf](https://assets.publishing.service.gov.uk/media/5fc0fa2a8fa8f559e44d2de1/Berkeley_Catering_Ltd_v_Mrs_J_Jackson_UKEAT_0074_20_LA_V_.pdf) (Erişim Tarihi: 13.09.2022).

<sup>93</sup> *Safeway Stores Plc v Burrell* [1997] IRLR 200, [1997] ICR 523, [1997] UKEAT 168\_96\_2401, [https://www.bailii.org/uk/cases/UKEAT/1997/168\\_96\\_2401.html](https://www.bailii.org/uk/cases/UKEAT/1997/168_96_2401.html) (Erişim Tarihi: 13.09.2022).



işletmesinde “Genel Müdür” pozisyonundaki işi yapmak için gereken çalışan sayısının azaldığını, çünkü işveren, işletmesindeki bu görevi kendisi tarafından üstlendiği, geriye kalan ufak görevler ise mevcut personel arasında bölüştürülmüştü. Sonuç olarak; çalışanın işten çıkarılma sebebinin haksız olmadığına karar verilmiştir.

İngiliz Hukuku’nda işçinin iş sözleşmesine son verilmesi, “*Statutory Restriction*” olarak ifade edilen kanundaki kısıtlamalar durumunda da gerçekleşebilir. Employment Rights Act 1996 madde 98(2)(d) hükmü gereğince; kanundaki bir kısıtlama nedeniyle işveren tarafından işçinin iş sözleşmesi sonlandırıldığında, bu bir haklı sebep olarak kabul edilmektedir. Örneğin; bir işyerinde kamyon şoförü olarak çalışan bir kişinin sürüş ehliyetinin elinden alınması durumunda işe devam etmesi, kanuna aykırı sayılmaktadır. Bu bağlamda; “*Statutory Restriction*” olarak ifade edilen kanundaki kısıtlama nedenine dayanarak, kamyon şoförünün iş sözleşmesine son verilebilir, yapılan fesih ise haklı sayılacaktır<sup>94</sup>. Buna ilişkin olarak verebileceğimiz bir diğer örnek ise; *Baker v. Abellio London Ltd* [2017]<sup>95</sup> davasıdır. Davada incelenen 2006 tarihli Göçmenlik, İltica ve Vatandaşlık Yasası’nın madde 15 hükmü gereği; ülkeye girmek veya ülkede kalmak için izni olmayan; ya da ülkeye girmek veya kalmak için izni olan, ancak çalışma izni olmayan ve göçmenlik kontrolüne tabi bir yetişkinini çalıştırmak, yasaklanmıştır. İlgili davada; yabancı uyruklu ancak çocukluğundan beri İngiltere’de ikamet eden bir otobüs şoförünün İngiltere’de ikamet etme hakkının olduğunu kanıtlayan bir belgeyi sunmadığı ve 2006 tarihli yasa altında göçmenlik kontrolüne tabi bir yetişkinin çalıştırılmasının yasa dışı olduğu gerekçesiyle, işine son verilmişti. İlk derece Mahkemesi, ikamet etme hakkını kanıtlayan belge istenildiği zaman, bunun sunulması gerektiğini, aksi hâlde çalışanların çalıştırılmalarının yasak olduğu, dolayısıyla iş sözleşmelerine kanun kısıtlaması nedeniyle son verilebileceği yönünde karar vermiştir. İstinaf Mahkemesi ise İlk Derece Mahkemesinin vermiş olduğu kararın aksine, otobüs şoförünün göçmenlik kontrolüne tabi olmadığı ve ülkede bulunmasının yasal olduğu,

<sup>94</sup> Dismissal: Your Rights. Reasons you can be dismissed: <https://www.gov.uk/dismissal/reasons-you-can-be-dismissed> (Erişim Tarihi: 08.09.2022).

<sup>95</sup> *Baker v. Abellio London Ltd* [2017], UKEAT 0250\_16\_0510 (5 October 2017), [https://www.bailii.org/uk/cases/UKEAT/2017/0250\\_16\\_0510.html](https://www.bailii.org/uk/cases/UKEAT/2017/0250_16_0510.html) (Erişim Tarihi: 19.09.2022); [https://assets.publishing.service.gov.uk/media/5a0981f7ed915d0adcdf46a2/Mr\\_D\\_Baker\\_v\\_Abellio\\_London\\_Ltd\\_UKEAT\\_0250\\_16\\_LA.pdf](https://assets.publishing.service.gov.uk/media/5a0981f7ed915d0adcdf46a2/Mr_D_Baker_v_Abellio_London_Ltd_UKEAT_0250_16_LA.pdf) (Erişim Tarihi: 19.09.2022).

dolayısıyla ikamet etme hakkını gösteren belgeyi ibraz etmesine zorlanmaması gerektiği sonucuna varmıştır. Bu bağlamda; 2006 tarihli yasa ile göçmenlik kontrolüne tabi yetişkinlerin, ülkeye girişleri, kalmaları veya çalışmaları yasak olması hâlinde, “Statutory Restriction” olarak ifade edilen kanundaki kısıtlama nedenine dayanarak, iş sözleşmelerine son verilebilir, yapılan fesih ise haklı sayılacaktır. Ancak davada olduğu gibi göçmenlik kontrolüne tabi olmayan ve ülkede yasal olarak bulunan yetişkinlerin kanundaki kısıtlama nedenine dayanarak iş sözleşmelerine son verilmesi mümkün değildir, verilse de haksız fesih sayılacaktır.

### B. Geçerli Sebep Oluşturmayacak Haller

Yukarıda, süreli feshin gerçekleşmesi için geçerli sebeplerden bahsedildi. Ancak bazı durumlar, süreli fesih için geçerli sebep oluşturmayacaktır. Geçerli sebep olmayan hâller; İş Kanunu’nun 18. maddesinde belirtildiği üzere; sendikaya üyelik, çalışma saatlerinin dışında veya işveren tarafının rızası ile çalışma saatleri içerisinde işçinin sendikal faaliyetlere katılması, sendika temsilciliğinin yapılması, mevzuat veya iş sözleşmesindeki haklarını takip veya yükümlülüklerinin yerine getirilmesi için çalışanın işveren tarafına karşı idari veya adli makamlara başvurması veya başlatılmış süreç varsa, buna katılması; çalışanın ırkı, rengi, cinsiyeti, medeni hali, aile yükümlülükleri, hamileliği, doğurması, dini, siyasi görüşü veya benzeri nedenler, kadınların çalıştırılmasının yasak olması halinde işe gelmemeleri ve çalışanların hastalığı/kaza sebebiyle öngörülen bekleme sürelerinde işe geçici devamsızlığı olarak belirtilmiştir<sup>96</sup>.

İş Kanunu’nun 5. maddesi gereği; bir çalışanın dili, ırkı, rengi, cinsiyeti, engelli olması, siyasal düşüncesi, felsefi inancı, dini, mezhep ve benzeri sebeplere bağlı olarak ayırım yapılamaz. Bunun yanı sıra; biyolojik veya işin niteliğine ilişkin sebepler zorunlu kılmadıkça, işçinin iş sözleşmesinin yapılmasında, şartlarının oluşturulmasında, uygulanması veya sona ermesinde, cinsiyet veya gebelik nedeniyle doğrudan veya

<sup>96</sup> Ayrıca bakınız: ÇELİK, Nuri/ CANIKLIOĞLU, Nurşen/ CANBOLAT, Talat, s.402-403. GÖKTAŞ, Seracetin, s.41, Ekonomi, Münir: Kadın İşçilerin Gebelik ve Doğum Halinde Feshe Karşı Korunması, *Çalışma ve Toplum: Ekonomi ve Hukuk Dergisi*, Sayı 22, 2009/3, s.23: “İşçinin doğum yapması geçerli bir sebep oluşturmaz, işverenin aksi yönde işlem yaparak, ...iş sözleşmesini feshetmesi halinde kadın işçi, iş güvencesi hükümlerine göre feshin geçersizliği hakkında dava açabilir.” Feshin geçersizliği ileri sürülürse, işe iade talep edilebilir. İşe iade edilmediği takdirde iş güvencesi tazminatı talep edilir (İK 21/1). Her iki durumda da işçi çalıştırılmadığı süre için en çok dört aya kadar doğmuş ücret ve diğer haklarını (İK 21/3), ayrıca işe başlatılmaz ise ihbar ve kıdem tazminatı talep edebilir.

dolaylı olarak farklı işlemlerin yapılamaması gerekmektedir. İlgili düzenlemeye benzer şekilde; Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanunu da kişilerin eşit muamele görme hakkının güvence altına alınmasını hedefleyerek; kanunun 3. maddesi gereği cinsiyet, ırk, renk, dil, din, inanç, mezhep, felsefi ve siyasi görüş, etnik köken, servet, doğum, medeni hâl, sağlık durumu, engellilik ve yaş temellerine dayalı olarak ayrımcılığın yapılması yasaklanmıştır. İlgili Kanun'un 6. maddesi ise; işveren veya işveren tarafından yetkilendirilen kişinin de çalışanları veya çalışmak için başvuran kişilerin aleyhinde; bilgilenme, başvuru, seçim kriterleri, işe alım şartları, çalışma ve çalışmanın sona ermesi süreçlerinde ayrımcılığın yapılamaması gerekmektedir.

İngiliz hukukunda da benzer düzenlemeler mevcuttur. Equality Act 2010 olarak ifade edilen Eşitlik Kanunu'nun 4-19. maddeleri gereğince; bir kişinin yaşı, engelli durumunda olması, cinsiyetini değiştirmesi, evliliği, eşcinsel evliliği, hamile olması, doğum yapması, ırkı, dini, inancı, cinsiyeti ve cinsel yönelimi<sup>97</sup> konusunda herkes eşittir ve herhangi bir sebepten ötürü ayrımcılığın yapılması yasaktır<sup>98</sup>. İşyerinde eşitliği sağlamak için getirilen düzenlemeler, kanunun 5. bölümünde yer almaktadır<sup>99</sup>. Belirtilen bölümde, işverenin bahsedilen nedenlere dayanarak, bir kişiyi işe almaması veya iş sözleşmesine son verip ayrımcılık yapmamasını gerektirir<sup>100</sup>. Eğer bir kişi engelli ise; belirtilen kanununun 20. maddesi gereğince; işveren, engelli kişiye kolaylık sağlamak için elinden geleni ve işyerinde gerekli olan düzenlemeleri, kolaylıkları sağlamakla yükümlüdür<sup>101</sup>.

İngiliz hukukunda geçerli sebep olmadan haksız yere işten çıkarılma durumlarına "Sürelî Fesih Bildirimi ile Sona Erdirme (Bildirimli Fesih)" başlığı altında bahsedilen "*wrongful dismissal*" ve "*unfair dismissal*"

<sup>97</sup> Ayrıca bakınız: SARGEANT, Malcolm/ LEWİS, David, s.96-109; PYPER, Doug, s.9 ve 17, MARTİN, David: *Discrimination Law and Employment Issues*, London, 2006, s.2; BOWERS, John, s.3. Cinsiyet, evlilik ve cinsel yönelim konusunda birtakım düzenlemeler, Sex Discrimination Act 1975'de de yer verilmiştir (madde 6). Düzenlemeler sayesinde cinsiyet, evlilik ve cinsel yönelim konusunda ayırım yapmak yasaktır. Bakınız: CHANDLER, Peter, s.5-6, 173.

<sup>98</sup> PYPER, Doug, s.17. Hamilelik için ayrıca bakınız: CHANDLER, Peter, s.6-7, 239-240; SARGEANT, Malcolm/ LEWİS, David, s.96-109.

<sup>99</sup> Eşitliği sağlamak için getirilen kurallar: MARTİN, David, s.7-8.

<sup>100</sup> PYPER, Doug, s.18

<sup>101</sup> PYPER, Doug, s.19; LEWİS, Joan, s.170.

adı verilmektedir. İlk olarak; *“wrongful dismissal”* işten çıkarılma durumundan bahsetmek, isabetli olacaktır. Wrongful dismissal işten çıkarılma hâlinde; işçi, işveren tarafından kendisine bildirmek suretiyle gerçekleşmektedir. Bildirimin yapılmasına rağmen bildirim süresi içerisinde işçilerine herhangi bir tazminatın ödenmemesi veya ödenmesi gereken tazminat miktarından daha az bir miktarın ödenmesi veya işveren tarafından bildirim sürelerine uyulmaması hâlinde ihbar tazminatının ödenmemesi durumlarında meydana gelebilmektedir<sup>102</sup>. Wrongful dismissal işten çıkarılma durumunu iddia eden işçinin, işverenine karşı dava açma ve tazminat hakkı doğacaktır<sup>103</sup>. Dava açma hakkı, süresi belirli olan ancak süre dolmadan işveren tarafından iş sözleşmesi sonlandırıldığında veya belirtilen sürenin sonunda sözleşmenin uzatılmadığı durumlarda söz konusu olabileceği üzere;<sup>104</sup> süresi belirli olmayan bir iş sözleşmesi ile çalışanlar bakımından da söz konusudur<sup>105</sup>. Belirsiz süreli iş sözleşmesi altında çalışanların dava açma hakkı; sözleşmesi işveren tarafından *feshi ihbar süresi verilmeden*, kısacası derhal sonlandırıldığında söz konusu olacaktır<sup>106</sup>. İş sözleşmeleri sonlandırılırken çalışanlara verilen fesih sebebinin, iş sözleşmelerinde belirtilen fesih nedenlerinin dışında olması hâlinde de bu tür dava, işverenlere karşı açılabilir<sup>107</sup>.

İngiliz hukukunda bir işçi; *“wrongful dismissal”* adı altında haksız yere işten çıkarıldığını iddia ediyorsa; örneğin, sözleşme süresi dolmadan sözleşmesinin işveren tarafından feshedildiğini ileri sürüyorsa, alacağı tazminat, iş sözleşmesinde aksine bir hüküm bulunmadıkça, sözleşme süresinin dolmasına kadar alacağı ücrettir<sup>108</sup>. Tazminat hakkı, sözleşme süresinin sonuna kadar işçinin alacağı ücret olabileceği üzere; bildirim

<sup>102</sup> Citizens Advice: Your Notice Period During Dismissal, 2022, <https://www.citizensadvice.org.uk/work/leaving-a-job/dismissal/your-notice-period-during-dismissal/> (Erişim Tarihi: 20.09.2022).

<sup>103</sup> TURNER, Chris, s.112.

<sup>104</sup> DUDDİNGTON, John, s.290

<sup>105</sup> TURNER, Chris, s.112.

<sup>106</sup> Ayrıntılı bilgi için bakınız: *A Guide to UK Employment Law 2014*, [http://www.kemp-little.com/cms/document/Guide\\_to\\_UK\\_Employment\\_Law.pdf](http://www.kemp-little.com/cms/document/Guide_to_UK_Employment_Law.pdf) (Erişim Tarihi: 16.12.2020), s.49.

<sup>107</sup> TURNER, Chris, s.112.

<sup>108</sup> TURNER, Chris, s.112; Citizens Advice: Your Notice Period During Dismissal, 2022, <https://www.citizensadvice.org.uk/work/leaving-a-job/dismissal/your-notice-period-during-dismissal/> (Erişim Tarihi: 20.09.2022).

süresinde alacağı ücret veya taraflar arasında farklı bir ücret kararlaştırılmış ise; iş sözleşmesinde belirtilen ücret, tazminat miktarı olarak verilmektedir<sup>109</sup>. İşçinin işine son verilmesi; onun şeref ve haysiyetine zarar vermişse<sup>110</sup> veya işçinin yeni iş bulması zor hâle gelmişse,<sup>111</sup> işçi bunları ileri sürüp alacağı tazminatın arttırılmasını isteyemez. İngiliz Hukuku'nda *wrongful dismissal* söz konusu olduğunda, burada işçinin sadece tazminat hakkı mevcuttur; İngiliz Hukuku'nda bir diğer haksız yere işten çıkarılma durumu olan "*unfair dismissal*" durumlarında olduğu gibi; Employment Rights Act 1996, madde 114 ve 115 hükümleri altında belirtilen işe iade hakkı bulunmamaktadır<sup>112</sup>. Ayrıca işçi tazminat talep ettiğinde, yeni iş bulmaya çaba göstermekle de yükümlü olacaktır, aksi takdirde tazminat talebi reddedilebilir<sup>113</sup>. Bu kural, Employment Rights Act 1996 madde 49(4) ve 123(4) hükümleri altında düzenlenen; "*duty to mitigate loss*" olarak ifade edilen, işçinin, kayıbını veya zararını hafifletme/azaltma yükümlülüğüdür<sup>114</sup>.

İngiliz hukukunda "*wrongful dismissal*" işten çıkarılma durumlarında işçilerin işverenlerine karşı dava açma ve tazminat hakkı; üç açıdan önemlidir: 1- belirli süreli iş sözleşmesi altında çalışan işçilerin sözleşme süresi dolmadan işten çıkarılmaları hâlinde; 2- işten çıkarılma, "*unfair dismissal*" haksız fesih türü değilse ve 3- yüksek maaş ile çalışan işçiler (*örn: yetkili müdürler*)<sup>115</sup> bakımından. İngiliz Hukuku'nda yüksek maaş ile çalışan kişilerden, hatta örnek olarak yetkili müdürlerden söz edilmektedir. Buna karşılık; Türk Hukuku'nda iş güvencesi kapsamında olan kişilerin, iş güvencesinden yararlanmaları için ("*Süreli Fesih Bildirimi ile Sona Erdirme (Bildirimli Fesih)*" başlığı altında bahsedildiği üzere) İş

<sup>109</sup> TURNER, Chris, s.114; Citizens Advice: Your Notice Period During Dismissal, 2022, <https://www.citizensadvice.org.uk/work/leaving-a-job/dismissal/your-notice-period-during-dismissal/> (Erişim Tarihi: 20.09.2022).

<sup>110</sup> *Addis v The Gramophone Co* [1909] UKHL 1, [1909] AC 488: <http://www.bailii.org/uk/cases/UKHL/1909/1.html> (Erişim Tarihi: 21.09.2021)

<sup>111</sup> *Boardman v Copeland Borough Council* [2001] EWCA Civ 888: <http://www.bailii.org/ew/cases/EWCA/Civ/2001/888.html> (Erişim Tarihi: 21.09.2021).

<sup>112</sup> *Johnson v Unisys Ltd* [2001] 2 All ER 801, [2003] AC 518, [2001] ICR 480, [2001] 2 WLR 1076, [2001] IRLR 279, [2003] 1 AC 518, [2001] Emp LR 469, [2001] UKHL 1: <http://www.bailii.org/uk/cases/UKHL/2001/13.html> (Erişim Tarihi: 21.09.2021); DAVIES, A.C.L, s.330.

<sup>113</sup> TURNER, Chris, s.114; DAVIES, A.C.L, s.330.

<sup>114</sup> TURNER, Chris, s.114; DAVIES, A.C.L, s.330.

<sup>115</sup> TURNER, Chris, s.112-113.

Kanunu'nun 18. maddesi gereği; “işletmenin bütünüünü sevk ve idare eden ve işçiyi işe alma ve işten çıkarma yetkisi” olmaması gerekmektedir<sup>116</sup>.

İngiliz Hukuku'nda “*Unfair Dismissal*”, bir diğer haksız fesih türüdür. Unfair dismissal, Employment Rights Act 1996, madde 94-98 hükümlerinde açık olarak düzenlenmiş, “Sürelî Fesih Bildirimi ile Sona Erdirme (Bildirimli Fesih)” başlığı altında bahsedilen doğruluk kurallarına aykırı olacak şekilde işverenler tarafından işçilerin iş sözleşmeleri feshedildiğinde gerçekleşmektedir<sup>117</sup>. “*Wrongful dismissal*” fesih türüne benzer şekilde, “*unfair dismissal*” fesih türünde de işçilerin dava açma hakkı; süresi belirli veya belirsiz iş sözleşmesi altında çalışanlar veya fesih sebebinin iş sözleşmesindeki belirtilen fesih sebeplerinin dışında olması hâlinde doğacaktır<sup>118</sup>.

Employment Rights Act 1996, madde 94(1) hükmüne göre; işçinin iş sözleşmesi haksız yere feshedilemez<sup>119</sup>. Örnek verecek olursak; işçinin sendikal eylemlere katılımı, herhangi bir sendikaya üyelik veya üye olmama,<sup>120</sup> hamilelik<sup>121</sup> veya işçinin yasal hak talep etmesi<sup>122</sup> durumlarında; işçinin işine son verilirse, bunun bir *haksız fesih* olduğu kabul edilecektir<sup>123</sup>. “*Unfair Dismissal*” veya haksız yere işten çıkarıldığını iddia eden işçinin, 6 Nisan 2012 tarihinden önce işe başlamışsa en az bir yıllık, bu

<sup>116</sup> Soyer, Polat, s.27-69 (İşçiyi Bireysel Fesihlere Karşı Koruma).

<sup>117</sup> DALDAL, Zeynep, s.56.

<sup>118</sup> Citizens Advice: Check if your Dismissal is Unfair, 2022, <https://www.citizensadvice.org.uk/work/leaving-a-job/dismissal/check-if-your-dismissal-is-fair/> (Erişim Tarihi: 20.09.2022); TURNER, Chris, s.112.

<sup>119</sup> Lewis, Joan, s171; Bowers, John, s.2; Chandler, Peter, s.168; Sargeant, Malcolm/ Lewis, David, s.249; DAVIES, A.C.L, s.305.

<sup>120</sup> Trade Union and Labour Relations (Consolidation) Act 1992, (152. madde); BOWERS, John, s.39- 40; CHANDLER, Peter, s.9, 243.

<sup>121</sup> Employment Rights Act, 1996, madde 99(1). Ayrıca bakınız: *Webb v EMO* [1994] 2 CMLR 729, [1994] 3 WLR 941 <http://www.bailii.org/eu/cases/EU-ECJ/1994/C3293.html> (Erişim Tarihi: 21.09.2021); BOWERS, John, s.39- 40.

<sup>122</sup> BOWERS, John, s.3, s.39- 40.

<sup>123</sup> Automatically Unfair Dismissal- bakınız Turner, Chris, s.118-119; BOWERS, John, s.39- 40; SARGEANT, Malcolm/ LEWIS, David, s.264-265; DUDDINGTON, John, s.301-302; Citizens Advice: Check if your Dismissal is Unfair, 2022, <https://www.citizensadvice.org.uk/work/leaving-a-job/dismissal/check-if-your-dismissal-is-fair/> (Erişim Tarihi: 20.09.2022); DAVIES, A.C.L, s.310-313.

tarihten sonra işe başlamışsa iki yıllık kıdem şartı aranmaktadır<sup>124</sup>. Bu süreyi tamamlamışsa, iş sözleşmesine son verildiği tarihten başlayarak, 3 ay içerisinde mahkemeye başvurabilir<sup>125</sup>. Yukarıda bahsedilen “*wrongful dismissal*” sebebine karşılıklı olarak, “*unfair dismissal*” fesih türünü ileri süren işçinin tazminat hakkının olmasının yanında, Employment Rights Act 1996 madde 114 hükmü altında işe iade (reinstatement) ve 115 hükmü altında işe iade ama farklı iş yapma (re-engagement) hakları da bulunmaktadır<sup>126</sup>. Tazminat hakkı ise “*wrongful dismissal*” türünden farklı olarak, işçinin onurunun kırılmasını da kapsayabilmektedir<sup>127</sup>.

### C. Bildirim Süreleri

Bir iş sözleşmesinin usulüne ve hukuka uygun olarak feshedilmesi, İş Kanunu’nun 17. maddesinde öngörülen *bildirim sürelerine* bağlıdır. İşverenin, işçiye sözleşmesinin feshedildiği yönünde bildirimde bulunması hâlinde, işçinin sözleşmesi kıdemine bağlı olarak belirli süreliğine devam edecektir. Böylelikle fesih; ancak İş Kanunu’nun 17. maddesinde belirtilen süre sonunda gerçekleşecektir. İş Kanunu’ndaki bildirim süreleri, çalışan kişilerin kıdemine bağlı olarak 2-8 hafta arası olarak düzenlenmiştir<sup>128</sup>. İlgili düzenlemeye göre; bir iş yerinde altı aydan az çalışan bir kişinin sözleşmesi işveren tarafından feshedilirse, fesih bildiriminin yapılmasından başlayarak, iş sözleşmesi iki hafta sonra sona erecektir. Altı ay ile bir buçuk yıla kadar çalışan kişilerin sözleşmeleri ise dört hafta sonra, bir buçuk yıldan üç yıla kadar çalışanların sözleşmeleri altı hafta sonra, üç yıldan fazla çalışanların iş sözleşmeleri ise fesih bildiriminden sekiz hafta sonra feshedilmiş sayılmaktadır.

Türk hukukundaki bildirim süreleri içerisinde tarafların hakları ve borçlarından bahsedecek olursak, sözleşmesi feshedilen işçinin, işverene karşı yükümlülükleri bildirim süresi sonuna kadar devam edecektir

<sup>124</sup> BOWERS, John, s.4; DUDDİNGTON, John, s.275; Dismissing Staff: Eligibility to Claim Unfair Dismissal, <https://www.gov.uk/dismiss-staff/eligibility-to-claim-unfair-dismissal> (Erişim Tarihi: 21.09.2022).

<sup>125</sup> Dismissal: Your Rights. What to do if you are dismissed, <https://www.gov.uk/dismissal/what-to-do-if-youre-dismissed> (Erişim Tarihi: 21.09.2022).

<sup>126</sup> TURNER, Chris, s.115; BOWERS, John, s.53-58; SARGEANT, Malcolm/ LEWIS, David, s.298-305; DUDDİNGTON, John, s.275; Dismissing Staff: Unfair Dismissal, <https://www.gov.uk/dismiss-staff/unfair-dismissals> (Erişim Tarihi: 21.09.2022).

<sup>127</sup> TURNER, Chris, s.115.

<sup>128</sup> ÇELİK, Nuri/ CANİKLİOĞLU, Nursen/ CANBOLAT, Talat, s.355.

(örneğin, iş görme borcu)<sup>129</sup>. İşveren de buna karşılık, işçiye ücretini ödemeye devam edecek, ayrıca İş Kanunu'nun 27. maddesi'nde belirtildiği üzere iş saatleri içerisinde ücret kesintisi yapılmadan, çalışanına "yeni iş arama izni" vermeye mecbur kalacaktır. İlgili maddede yer alan iş arama izni; asgari olarak günde iki saat olmak üzere belirlenmiş, ancak çalışan dilerse izin saatlerini birleştirebilir ve bunu toplu olarak kullanması mümkündür. Kanunda yer alan iş arama izni, aynı zamanda Türk Borçlar Kanunu'nun 421. maddesinde de yer almaktadır. Ancak buradaki düzenleme, İş Kanunundaki iş arama izninden farklı bir şekilde düzenlenmiştir. Türk Borçlar Kanunu'nun 421. maddesi gereğince; "İşveren, belirsiz süreli hizmet sözleşmesinin feshi hâlinde, bildirim süresi içinde işçiye ücretinde bir kesinti olmaksızın, günde iki saat iş arama izni vermekle yükümlüdür. İzin saatlerinin ve günlerinin belirlenmesinde, işyerinin ve işçinin haklı menfaatleri göz önünde tutulur". Buradaki izin, İş Kanunu'ndaki izne benzer şekilde asgari olarak iki saat olmalıdır, ancak işçinin izin saatlerinin birleştirilmesi hususunda hüküm bulunmamaktadır. Yine de belirtilmelidir ki, burada işçinin toplu şekilde iş arama izni talep etmesine herhangi bir engel de mevcut değildir. Ancak Türk Borçlar Kanunu'na göre işçi, iş arama iznini toplu olarak kullanmak isterse, İş Kanunu'ndan farklı olarak, işverenin bu talebi kabul etme zorunluluğu bulunmamaktadır sonucuna varabiliriz<sup>130</sup>.

Türk hukukuna karşılık olarak, İngiliz Hukuku'ndaki bildirim sürelerine ilişkin düzenlemeler, farklılık göstermektedir. Employment Rights Act 1996, madde 86(1)(a) hükmü altında belirtildiği üzere; işçi, işyerinde bir aydan fazla çalışmışsa ve bu süre iki yıldan az bir süre ise; işverenin yapacağı bildirimden başlayarak, bir hafta sonra iş sözleşmesi feshedilmiş sayılacaktır. Eğer işçi iki yıldan fazla aynı işyerinde çalışmışsa, Employment Rights Act 1996, madde 86(1)(b) hükmü gereği; bildirim süresine işçinin çalışmış olduğu her yıl için bir haftalık bildirim süresi daha eklenmektedir. Employment Rights Act 1996, madde 86(1)(c) hükmünde ise; 12 yıldan fazla çalışmış olan bir işçiye verilecek olan bildirim süresinin, en az 12 haftalık olmalıdır yönünde bir düzenleme mevcuttur (en az 12 haftalık bildirim süresi bulunmaktadır)<sup>131</sup>. İş sözleşmesi işçi

<sup>129</sup> ÇELİK, Nuri/ CANİKLİOĞLU, Nurşen/ CANBOLAT, Talat, s.360-361.

<sup>130</sup> YILDIRIM, Bayram, s.37.

<sup>131</sup> TURNER, Chris, s.109-110; HONEYBALL, Simon, s.73; BOWERS, John, s.2; CHANDLER, Peter, s.420-421; SARGEANT, Malcolm/ LEWIS, David, s.243-244; DAVIES, A.C.L, s.329.



tarafından feshedilecekse, Employment Rights Act 1996, madde 86(2) hükmü gereği; işçinin işverenine en az bir haftalık bildirim süresi verilmelidir. Türk ve İngiliz Hukuku arasındaki bildirim sürelerine ilişkin olan farklı düzenlemelere rağmen; İş Kanunu'nun 17. maddesinin 3. fıkrası ve Employment Rights Act 1996, madde 86(3) hükmü gereği; belirtilen bildirim süreleri asgari olmak üzere, taraflar arasında yapılan iş sözleşmesi ile farklı bir süre kararlaştırılabilir<sup>132</sup>.

Türk Hukuku'nda sözleşmenin bir tarafı, kanunda öngörülen bildirim sürelerine uymayıp, sözleşmesi kendisi tarafından feshedilirse, "usulsüz fesih" olarak değerlendirilir ve bunun bir sonucu olarak İş Kanunu'nun 17. maddesinin 4. fıkrasında belirtildiği üzere; "*bildirim şartına uymayan taraf, bildirim süresine ilişkin ücret tutarında tazminat ödemek zorundadır.*" Sonuç itibariyle, bildirim sürelerine uymayan kişi, karşı tarafa "ihbar tazminatı"<sup>133</sup> ödeme zorunluluğunda kalacaktır.

İngiliz Hukuku'nda da bildirim sürelerine uymayan taraf, karşı tarafa tazminat ödemek zorunda kalmaktadır. Employment Rights Act 1996, madde 86(3) hükmünde açıklaması yapılmamış, ancak sadece adı geçen "*payment in lieu of notice*"<sup>134</sup> ('PILON') adı altında "ihbar tazminatı" mevcuttur. PILON sayesinde işveren, işçiye bildirim süresi tanımadan, iş sözleşmesini sonlandıracağını bildirebilir ve normalde olması gereken bildirim süresinde (*örneğin; 1 yıllık kıdemi olan işçinin, 1 haftalık bildirim süresi mevcuttur*) işveren, işçiye ücret ödemeyi teklif edebilir. İşçi ücreti almayı kabul ettiği takdirde, iş sözleşmesi sona ermiş sayılacaktır<sup>135</sup>.

<sup>132</sup> TURNER, Chris, s.109; Citizens Advice: Your Notice Period During Dismissal, 2022, <https://www.citizensadvice.org.uk/work/leaving-a-job/dismissal/your-notice-period-during-dismissal/> (Erişim Tarihi: 20.09.2022). Türk Hukuku için bakınız: ÇELİK, Nuri/ CANİKLİOĞLU, Nurşen/ CANBOLAT, Talat, s.356-358. Türk Hukuku'nda, kanunda öngörülen süreden daha az bir sürenin tanınması halinde; sözleşmeyi fesheden taraf, bildirim süresinin tamamına ait ücret tutarındaki tazminatı diğer tarafa ödemekle yükümlüdür. Bakınız: GÖKTAŞ, Seracettin, s.20.

<sup>133</sup> GEREK, Nüvit/ GÖKÇEK KARACA, Nuray/ BAYBORA, Dilek/ KOCABAŞ, Fatma, s.102; SÜZEK, Sarper, s.556.

<sup>134</sup> Understanding PILON: Payment in lieu of notice, <http://www.acas.org.uk/index.aspx?articleid=4540> (Erişim Tarihi: 21.09.2021); When an employee is not required to work their notice, <https://www.acas.org.uk/notice-periods/when-an-employee-is-not-required-to-work-their-notice> (Erişim Tarihi: 21.09.2021).

<sup>135</sup> Ayrıntılı bilgi için bakınız: Understanding PILON: Payment in lieu of notice, <http://www.acas.org.uk/index.aspx?articleid=4540> (Erişim Tarihi: 21.09.2021); When an employee is not required to work their notice, <https://www.acas.org.uk/notice->

### III. BİLDİRİMSİZ (HAKLI NEDENLE) FESİH İLE SONA ERDİRME

Sürelî feshe ilişkin düzenlemeleri inceledikten sonra, iş sözleşmelerinin bildirimsiz (haklı nedenle) fesih yöntemiyle sona ermesini incelemekte fayda vardır. Feshin bildirimsiz olması, sürelî feshe ilişkin düzenlemelerin aksine, iş sözleşmelerinin süresi belirsiz olmaları koşuluna bağlı değildir. Bildirimsiz (haklı nedenle) fesih, İş Kanunu'nun işçi açısından 24. maddesi, işveren açısından ise 25. maddesinde görüleceği üzere; *belirli veya belirsiz sürelî*<sup>136</sup> sözleşmeler için geçerli olacaktır.

Bildirimsiz (haklı nedenle) fesih ile sürelî fesih arasındaki bir diğer fark, sürelî feshe ilişkin düzenlemelerin aksine; bildirimsiz fesihle bildirim süresi söz konusu değildir<sup>137</sup>. İş Kanunu'nun işçi açısından 24. maddesi, işveren açısından ise 25. maddesinde belirtildiği üzere; ilgili kişi, Kanun maddesi'nde belirtilen yazılı hâllerde; iş sözleşmesi sürelî olsun veya olmasın, "*iş sözleşmesini sürenin bitiminden önce veya bildirim süresini beklemeksizin feshedebilir*". Bu nedendir ki bildirimsiz (haklı nedenle) fesih türüne "*bildirimsiz fesih*" veya "*süresiz fesih*" adı verilmektedir. Dolayısıyla, işçi veya işveren taraflarından biri iş sözleşmesini sonlandıracağına dair diğer tarafa beyanda bulunması hâlinde, sözleşme derhal sona ermektedir.

Bildirimsiz feshin gerçekleşmesi için, sürelî fesihle olduğu gibi geçerli sebep değil, *haklı sebep*<sup>138</sup> koşulu mevcuttur. Bu nedendir ki; bildirimsiz fesih bazen "*haklı nedenle fesih*" olarak ifade edilmektedir. Haklı sebep koşulu, sürelî fesihdeki geçerli sebep koşulundan daha ağırlıklı olmakla birlikte, feshin derhal gerçekleşmesi bakımından önem taşımaktadır<sup>139</sup>. Örneğin; sürelî fesihle işçinin yetersizliğinden kaynaklanan geçerli sebebin; işçinin sık sık hastalanması olabileceğini belirtmiştik. Ancak bildirimsiz (haklı nedenle) fesihle; İş Kanunu'nun madde 25/I-a hükmüne

---

periods/when-an-employee-is-not-required-to-work-their-notice (Erişim Tarihi: 21.09.2021).

<sup>136</sup> GEREK, Nüvit/ GÖKÇEK KARACA, Nuray/ BAYBORA, Dilek/ KOCABAŞ, Fatma, s.105; GÖKTAŞ, Seracettin, s.18; ÇELİK, Nuri/ CANIKLIOĞLU, Nurşen/ CANBOLAT, Talat, s.439.

<sup>137</sup> MANAV, Eda, s.30-31.

<sup>138</sup> GEREK, Nüvit/ GÖKÇEK KARACA, Nuray/ BAYBORA, Dilek/ KOCABAŞ, Fatma, s.105; GÖKTAŞ, Seracettin, s.18; MANAV, Eda, s.30.

<sup>139</sup> GEREK, Nüvit/ GÖKÇEK KARACA, Nuray/ BAYBORA, Dilek/ KOCABAŞ, Fatma, s.98.

göre; devamsızlık, aralıksız olarak üç iş günü veya ayda beş iş gününden aşkın olmasının yanı sıra, çalışan kişinin kendi kastından, derli toplu olmayan yaşayışından veya içkiye düşkünlüğü sebebiyle hastalığa yakalanması veya engelli hâle gelmesi durumunda doğmalıdır. Burada gereken, sadece hastalık değil, hastalığın aralıksız olarak üç iş günü veya ayda beş günden fazla sürmesi, ayrıca devamsızlığın çalışanın kastından, yaşayışından, içkiye düşkünlüğünden ötürü hastalığa yakalanması veya engelli olmasından kaynaklanması gerekir. Sonuç olarak söyleyebiliriz ki; bildirimsiz (haklı nedenle) feshe bağlı olarak iş sözleşmesinin sona ermesi, daha ayrıntılı koşulların varlığını gerektirmektedir.

### A. Bildirimsiz Fesih İçin Haklı Sebepler

Bildirimsiz (haklı nedenle) feshe ilişkin düzenlemeler, İş Kanunu'nun 24. ve 25. maddelerinin yanı sıra, Türk Borçlar Kanunu'nun 435. maddesinde de düzenlenmiştir. İlgili maddeye göre; *“tarafardan her biri, haklı sebeplerle sözleşmeyi derhâl feshedebilir. Sözleşmeyi fesheden taraf, fesih sebebini yazılı olarak bildirmek zorundadır. Sözleşmeyi fesheden taraftan, dürüstlük kurallarına göre hizmet ilişkisini sürdürmesi beklenemeyen bütün durum ve koşullar, haklı sebep sayılır.”*

Bildirimsiz (haklı nedenle) feshe ilişkin haklı sebepler, aynı zamanda İş Kanunu'nda da yer almaktadır. İşçi açısından bildirimsiz feshe ilişkin haklı sebepler; İş Kanunu'nun 24. maddesi, işveren açısından ise 25. madde düzenlenmiştir. Belirtilen haklı sebepler, her iki maddede *“sağlık sebepleri”, “ahlâk ve iyiniyet kurallarına uymayan haller ve benzerleri”* ve *“zorlayıcı sebepler”* olmak üzere, üç ayrı başlık altında değerlendirilmiş olmakla beraber; işveren açısından *“işçinin gözaltına alınması veya tutuklanması halinde devamsızlığın 17. maddedeki bildirim süresini aşması”* haklı sebebi de mevcuttur.

#### 1. İşçi Açısından Bildirimsiz (Haklı Nedenle) Fesih

İş Kanunu'nda işçi açısından bildirimsiz (haklı nedenle) fesih, üç ayrı başlık altında değerlendirildiği hâlde, her başlığın altında farklı hükümlere de yer verilmektedir. Çalışanın haklı bir nedene dayanarak iş sözleşmesini derhal feshetme hakkı, birinci grupta yer alan *sağlık sebeplerinden* kaynaklanıyorsa, sadece işçinin sağlığının tehlikede olması değil, daha ayrıntılı hususların varlığını da gerektirmektedir. Örneğin; İş Kanunu'nun madde 24/I-a hükmü gereğince; *“iş sözleşmesinin konusu olan işin yapılması, işin niteliğinden doğan bir sebeple işçinin sağlığı veya yaşayışı*

*için tehlikeli olursa*<sup>140</sup> çalışan, sözleşmesini derhal feshedebilmektedir. Kısacası, yaptığı işten kaynaklı bir sebep ile, çalışanın sağlığı veya yaşayışına tehlike varsa, çalışan kişi sözleşmesini hemen sonlandırabilir. Burada iki husus aranmaktadır: birincisi işin niteliğinden doğan bir sebep; ikincisi ise bu sebebin çalışanın sağlığı ya da yaşayışı bakımından tehlike olmasıdır. Örnek olarak, işçinin çalıştığı işyeri, onun bir hastalığa yakalanmasına yol açıyorsa ve bu hastalık hayatını tehlikeye sokuyorsa, o hâlde yaptığı işten kaynaklı bir sebep ile işçinin sağlığında bir tehlikenin olmasını kabul edebiliriz. Neticede işçi bu gibi durumlarda iş sözleşmesini bildirimsiz olarak haklı sebeple feshetme hakkına sahip olacaktır.

İş Kanunu'nun 24. maddesinin ikinci başlığı altında yer alan çalışanın bildirimsiz olarak haklı nedenle derhal fesih hakkı, *"ahlâk ve iyiniyet kurallarına uymayan haller ve benzerleri"* şeklinde yer almaktadır. İş Kanunu'nun 24/II-a maddesi gereğince; sözleşmenin yapılması sırasında işverenin, esaslı noktalar hakkında yanlış vasıfta bulunması veya yanlış şartlar göstermesi, gerçekleri yansıtmayan bilgilerin verilmesi veya sözlerin söylenmesi hâlinde çalışanın yanıltılması, ikinci başlık altında değerlendirilmektedir<sup>141</sup>. Örneğin, işveren işçiye işini yapabilmesi için son model araba vereceğini söylemiş, ancak eski ve sürekli yolda kalan bir araç verirse, işçi haklı nedene dayanarak iş sözleşmesini feshetme hakkına sahip olacaktır. Aynı başlık altında değerlendirilen diğer haklı sebepler; işverenin, çalışanın veya aile bireylerinden bir kişinin şerefine ve namusuna dokunacak şekilde bir davranışta bulunması veya sözler söylemesi, cinsel taciz etmesi (İş Kanunu, m.24/II-b)<sup>142</sup> sataşması (İş Kanunu, m.24/II-c),<sup>143</sup> çalışanın cinsel tacize uğradığını işverenine söylemesine rağmen

<sup>140</sup> Sağlık nedenleriyle ilgili işçinin bir diğer fesih hakkı, *"işçinin sürekli olarak yakından ve doğrudan buluşup görüştüğü işveren yahut başka bir işçi bulaşıcı veya işçinin işi ile bağdaşmayan bir hastalığa tutulursa"* olarak yer almaktadır. Bakınız: 4857 sayılı İş Kanunu, madde 24/I-b. Ayrıca bakınız: ÇELİK, Nuri/ CANİKLİOĞLU, Nurşen/ CANBOLAT, Talat, s.441-442.

<sup>141</sup> ÇELİK, Nuri/ CANİKLİOĞLU, Nurşen/ CANBOLAT, Talat, s.443-449.

<sup>142</sup> Cinsel veya psikolojik taciz gibi hareketlere aynı zamanda 'mobbing' adı verilmektedir. Mobbing kavramına "II. Süreli Fesih Bildirimi ile Sona Erdirme (Bildirimli Fesih); A. Süreli Fesih için Geçerli Sebepler, 1. İşçinin Yetersizliği veya Davranışları" başlığı altında değerlendirilmiştir.

<sup>143</sup> 4857 sayılı İş Kanunu, madde 24/II-c: *"işveren işçiye veya ailesi üyelerinden birine karşı sataşmada bulunur veya gözdağı verirse, yahut işçiyi veya ailesi üyelerinden birini kanuna karşı davranışa özendiren, kışkırtır, sürükler, yahut işçiye ve ailesi üyelerinden birine karşı hapsi gerektiren bir suç işlerse yahut işçi hakkında şeref ve haysiyet kırıcı asılsız ağır isnad*

gerekli önlemleri almaması (İş Kanunu, m.24/II-d)<sup>144</sup>; çalışanın ödeneceği ücretin kanun hükümleri veya sözleşme şartlarına uygun olmayan şekilde hesaplanması veya ödenmemesi (İş Kanunu, m.24/II-e)<sup>145</sup> ve son olarak, çalışma koşullarının uygulanmaması (İş Kanunu, m.24/II-f)<sup>146</sup> olarak yer almaktadır.

İş Kanunu'nda işçinin haklı nedenle derhal fesih hakkı, "zorlayıcı sebepler" dolayısıyla da söz konusu olabilmektedir. İş Kanunu'nun madde 24/III hükmü gereğince; "işçinin çalıştığı işyerinde bir haftadan fazla süre ile işin durmasını gerektirecek zorlayıcı sebepler"<sup>147</sup> meydana gelirse, çalışan sözleşmesini derhal feshetme hakkına sahiptir. Kanunda açıkça yer almamakla birlikte zorlayıcı sebepler; depresyon, çalışma yerini su basması, yangın çıkması, doğal afet, belediye tarafından kapatılmasının talep edilmesi, devlet tarafından çalışma yerine el konulması, hammaddenin yokluğu ve ödeneğin olmaması sebepleri örnek olarak gösterilebilir<sup>148</sup>. Bu gibi durumlarda işçinin iş sözleşmesini haklı nedenle derhal feshetme hakkı doğacaktır.

İngiliz hukukunda, işçinin iş sözleşmesini işverenin davranışlarından dolayı feshetmesi; "constructive dismissal" olarak bilinen, *işten ayrılmaya zorlama* olarak tanımlanabilen bir fesih türüdür<sup>149</sup>. Bu fesih türüne göre; işçi, işverenin davranışları sebebiyle iş sözleşmesini feshetmek zorunda kalmalıdır. Ancak böyle bir feshin gerçekleşmesi için, sözleşmenin ihlali gerekmektedir ve bu ihlal, "root of the contract"<sup>150</sup> yani "sözleşmenin

---

*veya ithamlarda bulunursa".* Ayrıca bakınız: ÇELİK, Nuri/ CANİKLİOĞLU, Nurşen/ CANBOLAT, Talat, s.443.

<sup>144</sup> ÇELİK, Nuri/ CANİKLİOĞLU, Nurşen/ CANBOLAT, Talat, s.443.

<sup>145</sup> ÇELİK, Nuri/ CANİKLİOĞLU, Nurşen/ CANBOLAT, Talat, s.449.

<sup>146</sup> ÇELİK, Nuri/ CANİKLİOĞLU, Nurşen/ CANBOLAT, Talat, s.449.

<sup>147</sup> ÇELİK, Nuri/ CANİKLİOĞLU, Nurşen/ CANBOLAT, Talat, s.449.

<sup>148</sup> GEREK, Nüvit/ GÖKÇEK KARACA, Nuray/ BAYBORA, Dilek/ KOCABAŞ, Fatma, s.108.

<sup>149</sup> LEWIS, Joan, s.172; BOWERS, John, s.38; CHANDLER, Peter, 69; SARGEANT, Malcolm/ LEWIS, David, s.253-254. Ayrıca bakınız: Employment Rights, Mayor of London Publication: [https://www.london.gov.uk/sites/default/files/pdf\\_format\\_employment\\_rights\\_hub-tur.pdf](https://www.london.gov.uk/sites/default/files/pdf_format_employment_rights_hub-tur.pdf) (Erişim Tarihi: 23.08.2022), s.34; SAPPIDEEN, Carolyn/ M. O'GRADY, Paul/ RILEY, Joellen/ SMITH, Belinda, s.337-341; DAVIES, A.C.L, s.307-308; CABRELLI, David, s.136-139.

<sup>150</sup> *Western Excavating v Sharp* [1978] IRLR 27, [1977] EWCA Civ 2, 13 ITR 132, [1978] ICR 221, (1978) 13 ITR 132, [1978] 2 WLR 344, [1978] QB 761, [1978] 1 All ER 713 davası. Bakınız: <http://www.bailii.org/ew/cases/EWCA/Civ/1977/2.html> (Erişim

*temeline*” gitmelidir. Kısacası, sözleşmenin temeli veya esaslı noktalarından biri işveren tarafından ihlal edilmeli ve sonuç itibariyle işçi işinden ayrılmak zorunda kalmalıdır. Mesela; işverenin sözleşmeyi tek taraflı olarak değiştirmesi, işçinin haklı nedenle iş sözleşmesini feshetmesine örnek olarak gösterilebilir<sup>151</sup>. *G Mason v Park Holidays (UK) Limited* [2020]<sup>152</sup> davasında; davacı, Mayıs 2012 tarihinden Mart 2020 tarihine kadar davalının sahip olduğu tatil sitesinde bakım sorumlusu olarak çalışmaktaydı. İş sözleşmesinde; tatil sitesinde çalışmakta olduğu sürece ailesi ile birlikte sitede bulunan bir karavanda konaklayabileceğine dair bir madde bulunuyordu. Davacı, ailesi ile birlikte sitede bulunan bir karavanda konaklamış, işveren tarafından karavanın boşaltılması istenildiğinde, evsiz kalması nedeniyle istifa etmiştir. Mahkeme; işçinin istifa etmesine zorlandığı, çünkü işverenin tek taraflı olarak iş sözleşmesini ihlal ettiği ve bu davranışları nedeniyle işçinin evsiz kaldığı sonucuna varmıştır.

İşverenin işçiye karşı yükümlülüklerinin yerine getirilmemesi (örneğin: *tacizden veya işyeri zorbalığından korunmaması*), işverenin davranışlarından kaynaklanan bir sebep nedeniyle işçinin iş sözleşmesini feshetmesine dair bir diğer haklı sebep olarak gösterilebilir<sup>153</sup>. Örneğin; “Sürelî Fesih için Geçerli Sebepler: İşçinin Yetersizliği veya Davranışları” başlığı altında bahsedilen *Carol Hurley v East Sussex Healthcare NHS Trust* [2021]<sup>154</sup> davasında görüldüğü üzere; işi bırakmak istemediği hâlde işçinin işi bırakmaya zorlayacak şekilde diğer çalışanlar tarafından zorbalık muamelesi görmesi, işten ayrılmak için haklı bir sebep olarak kabul edilmişti.

İşçinin “*constructive dismissal*” fesih türüne dayanarak iş sözleşmesini haklı nedenle feshetmesi hâlleri sınırlı sayıda değildir, ancak işçinin

---

Tarihi: 21.09.2021); TURNER, Chris, s.109, 111, SARGEANT, Malcolm/ LEWIS, David, s.253; CABRELLI, David, s.31, 137; SAPPIDEEN, Carolyn/ M. O’GRADY, Paul/ RILEY, Joellen/ SMITH, Belinda, s.338.

<sup>151</sup> TURNER, Chris, s.111; Lewis, Joan, s.172.

<sup>152</sup> *G Mason v Park Holidays (UK) Limited* [2020], Case Number: 3201138/2020 V, [https://assets.publishing.service.gov.uk/media/5f9abc798fa8f57f34060d37/Mr\\_G\\_Mason\\_-v-\\_Park\\_Holidays\\_\\_UK\\_\\_Limited\\_-\\_3201138\\_2020\\_-\\_Judgment.pdf](https://assets.publishing.service.gov.uk/media/5f9abc798fa8f57f34060d37/Mr_G_Mason_-v-_Park_Holidays__UK__Limited_-_3201138_2020_-_Judgment.pdf) (Erişim Tarihi: 08.09.2022).

<sup>153</sup> TURNER, Chris, s.111; Lewis, Joan, s.172; DAVIES, A.C.L, s.164-165.

<sup>154</sup> *Carol Hurley v East Sussex Healthcare NHS Trust* [2021], Case No: 2300231/2019V, [https://assets.publishing.service.gov.uk/media/60191558d3bf7f70\\_bd7638fc/Mrs\\_C\\_Hurley\\_v\\_East\\_Sussex\\_Healthcare\\_NHS\\_Trust\\_-\\_2300231\\_2019\\_Full\\_hearing.pdf](https://assets.publishing.service.gov.uk/media/60191558d3bf7f70_bd7638fc/Mrs_C_Hurley_v_East_Sussex_Healthcare_NHS_Trust_-_2300231_2019_Full_hearing.pdf) (Erişim Tarihi: 08.09.2022).

iş sözleşmesini feshetmesine sebebiyet gösteren işverenin davranışları, ciddi olmalıdır<sup>155</sup>. Bu fesih türünde tazminat hakkı da söz konusu olacaktır. Ancak işten ayrılmaya zorlanan işçi, mecbur kaldığı için iş sözleşmesini sonlandırdığını ispat etmelidir<sup>156</sup>. Ayrıca tazminat hakkının doğması bakımından sözleşmesini sonlandırırken, işçinin işten ayrılma nedenini işverene açıklama yükümlüğü de söz konusudur<sup>157</sup>.

## 2. İşveren Açısından Bildirimsiz (Haklı Nedenle) Fesih

İşçi açısından haklı fesih sebeplerini inceledikten sonra, işverenin haklı fesih sebeplerine değinmekte fayda vardır. İşveren ve işçinin bildirimsiz (haklı nedenle) fesih sebepleri aynı olmakla birlikte, işveren açısından bir haklı sebep daha mevcuttur. İşverenin haklı nedene dayanarak işçinin iş sözleşmesini feshetme hakkı, işçinin bildirimsiz (haklı nedenle) fesih hakkında olduğu gibi; "sağlık sebepleri", "ahlâk ve iyiniyet kurallarına uymayan haller ve benzerleri" ve "zorlayıcı sebepler" olmak üzere üç ayrı başlık altında değerlendirilmiştir. Ancak bunlara ek olarak, işçi için haklı sebep olarak yer almayan, İş Kanunu'nun madde 25/IV hükmü gereğince; "işçinin gözüne alınması veya tutuklanması halinde devamsızlığın 17. maddedeki bildirim süresini aşması"<sup>158</sup> şeklinde işveren açısından bir haklı sebep daha mevcuttur.

*Sağlık sebepleri*, İş Kanunu'nun madde 25/I-a hükmü gereğince işçinin ardi ardına üç işgünü veya bir ayda beş işgününden fazla işyerine devamsızlığını<sup>159</sup> gerektirmektedir ve bu devamsızlığın, çalışanın kastından veya yaşayışından ya da alkole düşkünlüğünden ötürü bir hastalığa yakalanması durumlarını kapsadığı gibi, engelli durumuna gelmesini de kapsamaktadır. Sağlık sebeplerine dayanarak, işverenin derhal fesih hakkının doğması için bir diğer durum, İş Kanunu'nun madde 25/I-b hükmü gereğince; "işçinin tutulduğu hastalığın tedavi edilemeyecek nitelikte olduğu ve işyerinde çalışmasında sakınca bulunduğuunun Sağlık Kurulunca saptanması" olarak yerini almaktadır. Hükümde sayılanlar dışında; örneğin, çalışanın hastalığı, kaza geçirmesi, doğum yapması veya gebelik nedenlerine bağlı

<sup>155</sup> Dismissal: Your Rights. Unfair and Constructive Dismissal: <https://www.gov.uk/dismissal/unfair-and-constructive-dismissal> (Erişim Tarihi: 08.09.2022); DAVIES, A.C.L, s.307-308.

<sup>156</sup> TURNER, Chris, s.111.

<sup>157</sup> TURNER, Chris, s.111.

<sup>158</sup> ÇELİK, Nuri/ CANİKLİOĞLU, Nurşen/ CANBOLAT, Talat, s.465.

<sup>159</sup> ÇELİK, Nuri/ CANİKLİOĞLU, Nurşen/ CANBOLAT, Talat, s.450-452.

olarak iş sözleşmesinin işveren tarafından bildirimsiz fesih hakkı; İş Kanunu'nun madde 25/I-b-(a) hükmü gereğince; çalışanın çalışma süresine göre bildirim sürelerinden altı hafta sonra doğacaktır.

*Ahlâk ve iyiniyet kurallarına uyulmaması ve benzerleri başlığına bakacak olursak; işçi açısından bildirimsiz (haklı nedenle) fesih başlığı altında değerlendirilen haklı fesih sebeplerine oldukça benzer nitelikte olduğunu söylememiz mümkündür. Burada; iş sözleşmesinin yapıldığı sırada işverenin değil, çalışanın işvereni yanılması (İş Kanunu, m.25/II-a)<sup>160</sup>; işverenin veya aile bireylerinden şerefine ve namusuna dokunacak şekilde davranışlarda bulunması veya sözlerin söylenmesi, işveren ile ilgili olarak şerefini ve haysiyetini kırarak kadar asılsız ihbar ve isnatlarda bulunması (İş Kanunu, m.25/II-b)<sup>161</sup> ve çalışanın başka çalışanları cinsel taciz etmesi (İş Kanunu, m.25/II-c) hükümlerine yer verilmiştir. Ayrıca çalışanın işverene veya onun aile bireylerine veya bir diğer çalışana sataşması durumu, alkol veya uyuşturucu madde alarak çalışma ortamına gitmesi veya bu ortamda ilgili maddelerin kullanılması (İş Kanunu, m.25/II-d) haklı sebep olarak gösterilmektedir. Çalışanın doğruluğa ve bağlı olma (sadakate) uymayan davranışlar göstermesi (İş Kanunu, m.25/II-e); iş ortamında suç işlemesi (İş Kanunu, m.25/II-f); işe devamsızlık (İş Kanunu, m.25/II-g); uyarıldığı hâlde görevini yerine getirmemek (İş Kanunu, m.25/II-h) ve son olarak, iş güvenliğini tehlikeye atması veya işveren malına zarar vermesi (İş Kanunu, m.25/II-ı) gibi sebepler de işverenin haklı nedenle işçinin iş sözleşmesini derhal feshetmesi için haklı sebep olarak gösterilmektedir.*

*Zorlayıcı sebeplere gelince; çalışanın haklı nedene dayanarak iş sözleşmesini feshetme hakkında olduğu gibi; İş Kanunu'nun madde 25/III hükmü gereği; "işçiyi işyerinde bir haftadan fazla süre ile çalışmaktan alıkoyan zorlayıcı bir sebebin ortaya çıkması" hâlinde, işveren tarafı bu nedene dayanarak, işçinin iş sözleşmesini feshedebilmektedir. Zorlayıcı sebeplerin ne olduğuna ilişkin madde hükümde açık bir şekilde belirtilmemiştir, ancak*

<sup>160</sup> İşçinin haklı nedenle derhal fesih hakkında işverenin işçiyi yanılması aranmaktadır. Bknz: 4857 sayılı İş Kanunu, madde 24/II-a. Ayrıca bakınız: ÇELİK, Nuri/ CANIKLI-OĞLU, Nurşen/ CANBOLAT, Talat, s.452-453.

<sup>161</sup> Bu hükümde, İş Kanunu, madde 24/II-b'deki gibi cinsel taciz'den bahsedilmiyor. İşverenin yerine, bu defa işçinin işverenin veya aile üyelerinden birinin şeref ve namusuna dokunacak sözler sarfetmesi veya davranışlarda bulunması yahut işveren hakkında şeref ve haysiyet kırıcı asılsız ihbar ve isnatlarda bulunması yeterli olacaktır. İşçinin cinsel tacizde bulunması madde 25/II-c hükmünde yer verilmiştir.



kanaatimizce deprem, yangın veya su basma durumları gibi doğal afetler sebep olarak gösterilebilir. Mesela; sel veya kar nedeniyle ulaşımın kesilmesi hâlinde işçinin bir haftadan fazla süreyle işyerinde çalışmaması, işverenin iş sözleşmesini feshetmesi için haklı bir sebep olarak gösterilebilir. Burada önemli bir hususa değinmek gerekir ki; zorlayıcı sebebin, işçinin şahsında gerçekleşmesi gerekmektedir<sup>162</sup>. Bu demek oluyor ki; işçiye ilişkin zorlayıcı bir sebebin varlığı hâlinde, işveren derhal fesih yetkisini kullanabilir. Buna karşılık olarak, işçinin iş sözleşmesini haklı nedenle feshedebilmesi için İş Kanunu'nun madde 24/III hükmünde gösterilen zorlayıcı sebeplerin, işyerinde olması aramaktadır.

Son olarak, İş Kanunu'nun madde 25/IV hükmünde belirtilen; "işçinin gözüne alınması veya tutuklanması halinde devamsızlığın 17. maddedeki bildirim süresini aşması" durumu, işverenin işçinin iş sözleşmesini derhal feshetmesi için haklı neden olarak gösterilmektedir. Buradaki önemli husus, işveren, çalışanın devamsızlığının kıdemine bağlı olarak ("II. Süreli Fesih Bildirimi ile Sona Erdirme (Bildirimli Fesih); C. Bildirim Süreleri" başlığı altında bahsedilen) bildirim sürelerini aşması hâlinde, sözleşme derhal feshedilebilir. Altını çizmek gerekir ki; devamsızlık, işçinin kıdemine bağlı olan bildirim süresini aşmazsa, sözleşmenin derhal feshine ilişkin hak, doğmayacaktır. Buna ilaveten belirtilmelidir ki, işçinin devamsızlığı, gözüne alınması veya tutuklanmasından kaynaklanmalıdır. Örneğin, 4 yıllık kıdem süresi olan işçinin tutuklanması hâlinde, 4 yıllık kıdemine bağlı olarak, tutukluluk süresinin ve bu nedenle işçinin işyerindeki devamsızlığı, 8 haftayı aşması gerekmektedir. İşçinin tutukluluk süresi, kıdemine bağlı olan 8 haftalık bildirim süresini aşması durumunda, işveren derhal iş sözleşmesini haklı nedene dayalı olarak sonlandırabilir.

İngiliz hukukunda, Employment Rights Act 1996 madde 140 hükmü gereğince; işverenin derhal işçinin iş sözleşmesini feshetmesi, "summary (instant) dismissal"<sup>163</sup> (derhal işten çıkarılma) olarak yerini almaktadır. Türk Hukukuna benzer şekilde, işveren bu fesih türüne dayanıldığında, işçiye herhangi bir bildirim yapılmadan, iş sözleşmesi derhal

<sup>162</sup> GEREK, Nüvit/ GÖKÇEK KARACA, Nuray/ BAYBORA, Dilek/ KOCABAŞ, Fatma, s.111.

<sup>163</sup> SARGEANT, Malcolm/ LEWIS, David, s.242-243; DUDDINGTON, John, s.242-243; Dismissal: Your Rights. Reasons you can be dismissed: <https://www.gov.uk/dismissal/reasons-you-can-be-dismissed> (Erişim Tarihi: 08.09.2022); DAVIES, A.C.L, s.330; SAPPIDEEN, Carolyn/ M. O'GRADY, Paul/ RILEY, Joellen/ SMITH, Belinda, s.341-365.

feshedilebilir<sup>164</sup>. Employment Rights Act 1996 Kanunu yürürlüğe girmeden görülen Wilson v Racher [1974]<sup>165</sup> davasında; işçinin başkaldırması, derhal işten çıkarılması için yeterli bir sebep olarak kabul edilmekteydi. Sinclair v Neighbour [1967]<sup>166</sup> davasında ise işçinin yanaltıcı veya şerefsiz olması, yine iş sözleşmesinin derhal feshedilmesi için bir sebep olarak kabul edilmişti.

Employment Rights Act 1996 Kanunu'nun yürürlüğe girmesiyle; işverenlerin madde 140 hükmü altında işçilerinin iş sözleşmelerini derhal feshetmesi, işçinin "gross misconduct" olarak ifade edilen; ağır kusurlu davranışını gerektirmektedir.

İşverenlerin "summary (instant) dismissal" fesih nedenine dayanarak, işçilerinin iş sözleşmelerini feshetmesi; işçilerin ağır kusurlu davranışını gerektirir, ancak bunun ne gibi davranışların olduğuna dair kanun maddesinde bir açıklamaya yer verilmemiştir. Bu nedenle; İngiliz Hukuku'ndaki diğer fesih türlerinde olduğu gibi içtihat kararları bize yol göstermektedir. Örneğin; işçinin ağır suç işlemesi veya görevini kötüye kullanması<sup>167</sup> veya Haddon v Van den Bergh Foods [1999]<sup>168</sup> davasında olduğu gibi işçinin alkolik olması, derhal fesih için bir sebep olarak kabul edilebilir. İşçinin diğer çalışanlara, müşterilere veya işverenin mülküne karşı şiddet uygulaması, işverenin işçinin iş sözleşmesini ağır kusurlu davranışı nedeniyle derhal sonlandırması için bir diğer sebep olarak gösterilebilir<sup>169</sup>. Ağır kusurlu davranış; hırsızlık, fiziksel şiddet, ağır ihmal veya ciddi itaatsizlik gibi şeyleri de içerebilmektedir, ancak buradaki

<sup>164</sup> SARGEANT, Malcolm/ LEWIS, David, s.242-243; DUDDINGTON, John, s.281-282; Dismissal: Your Rights. Reasons you can be dismissed: <https://www.gov.uk/dismissal/reasons-you-can-be-dismissed> (Erişim Tarihi: 08.09.2022).

<sup>165</sup> Wilson v Racher [1974] IRLR 114 <http://swarb.co.uk/wilson-v-racher-ca-1974/> (Erişim Tarihi: 23.09.2021); TURNER, Chris, s.112; HONEYBALL, Simon, s.79-80.

<sup>166</sup> Sinclair v Neighbour [1967] 2 QB 279 <http://swarb.co.uk/sinclair-v-neighbour-ca-1967/> (Erişim Tarihi: 23.09.2021); HONEYBALL, Simon, s.79

<sup>167</sup> TURNER, Chris, s.112; HONEYBALL, Simon, s.79; SAPPIDEEN, Carolyn/ M. O'GRADY, Paul/ RILEY, Joellen/ SMITH, Belinda, s.341-365.

<sup>168</sup> Haddon v Van den Bergh Foods [1999] IRLR 672, [1999] ICR 1150, [1999] UKEAT 1160\_98\_2909 [http://www.bailii.org/uk/cases/UKEAT/1999/1160\\_98\\_2909.html](http://www.bailii.org/uk/cases/UKEAT/1999/1160_98_2909.html) (Erişim Tarihi: 23.09.2021).

<sup>169</sup> Dismissal: Your Rights. Reasons you can be dismissed: <https://www.gov.uk/dismissal/reasons-you-can-be-dismissed> (Erişim Tarihi: 08.09.2022).

sayılanlar ile sınırlı değildir<sup>170</sup>. Örneğin; *Mbubaegbu v Homerton University Hospital NHS Foundation Trust* [2018]<sup>171</sup> davasında; disiplin geçmiş olma-yan 15 yıllık danışman cerrah, ağır kusurlu davranış nedenine dayanarak görevden alınmıştı. Davada, çalışanın ağır kusurlu davranış sayılabilecek bir eylemi bulunmamaktaydı, ancak kendisinin ve diğer dört çalışanın yeni departman kurallarına uymadıkları ve kendisine karşı 17 özel iddi-ada bulunulduğunu tespit eden bir dış soruşturması sonucunda, derhal işine son verilmişti. İstinaf Mahkemesi, çalışanların tek bir ağır kusurlu davranış eyleminin olmaması, ancak kümülatif olarak bir dizi eylemleri-nin olması, tek bir ağır kusurlu davranış eylemi olarak kabul edilebilece-ğine ve çalışanlara bildirim yapılmadan derhal görevden alınabilecekle-rine dair karar vermiştir.

İşverenlerin “summary (instant) dismissal” fesih nedenine dayanarak işçilerinin iş sözleşmelerini derhal sonlandırması için verilebilecek bir di-ğer dava örneği; *Adesokan v Sainsbury’s Supermarkets Ltd* [2017]<sup>172</sup> dava-sıdır. Bu davada; çalışanlardan biri, işyerindeki önemli bir prosedürü uy-gulama talimatını yerine getirmemişti. Bunu gören üst düzey yöneticisi harekete geçmemiş, bu nedenle işveren tarafından üst düzey yöneticisi-nin iş sözleşmesine derhal son verilmişti. Mahkeme; üst düzey yönetici-sinin bu gibi davranışları ağır kusurlu davranış olarak kabul edilebilece-ğini, dolayısıyla işverenin üst düzey yöneticisinin derhal görevden alma yetkisine sahip olduğu yönünde karar vermiştir.

Bir diğer dava örneği ise; *Gosden v Lifeline Project Ltd* [2010]<sup>173</sup> dava-sıdır. İlgili davada; çalışan, mahkumların rehabilitasyonu ile ilgilenen bir

<sup>170</sup> Dismissing Staff: Gross Misconduct, <https://www.gov.uk/dismiss-staff/dismissals-on-capability-or-conduct-grounds> (Erişim Tarihi: 15.09.2022).

<sup>171</sup> *Mbubaegbu v Homerton University Hospital NHS Foundation Trust*, [2018 ] UKEAT/0218/17, UKEAT/0306/17/JOJ, [https://assets.publishing.service.gov.uk/media/5b1fa89440f0b634abe912ad/Mr\\_C\\_Mbubaegbu\\_v\\_Homerton\\_University\\_Hospitals\\_NHS\\_Foundation\\_Trust\\_UKEAT\\_0218\\_17\\_JOJ.pdf](https://assets.publishing.service.gov.uk/media/5b1fa89440f0b634abe912ad/Mr_C_Mbubaegbu_v_Homerton_University_Hospitals_NHS_Foundation_Trust_UKEAT_0218_17_JOJ.pdf) (Erişim Tarihi: 14.09.2022).

<sup>172</sup> *Adesokan v Sainsbury’s Supermarkets Ltd* [2017] ICR 590, [2017] WLR(D) 37, [2017] EWCA Civ 22, [2017] IRLR 346, <https://www.bailii.org/ew/cases/EWCA/Civ/2017/22.html> (Erişim Tarihi: 15.09.2022).

<sup>173</sup> *Gosden v Lifeline Project Ltd* [2010] ET/2802731/09, [https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/Link/Document/Blob/I42aaa4720c5511e498db8b09b4f043e0.pdf?targetType=PLC\\_multimedia&originationContext=document&transitionType=DocumentImage&uniqueId=45acb6d6-8377-4bf0-9b83\\_4892106\\_6421c&ppcid=63d581e266184ab882c3860f37638f63&contextData=\(sc.Default\)&comp=pluk](https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/Link/Document/Blob/I42aaa4720c5511e498db8b09b4f043e0.pdf?targetType=PLC_multimedia&originationContext=document&transitionType=DocumentImage&uniqueId=45acb6d6-8377-4bf0-9b83_4892106_6421c&ppcid=63d581e266184ab882c3860f37638f63&contextData=(sc.Default)&comp=pluk) (Erişim Tarihi: 15.09.2022).

şirkette çalışmaktaydı. İşverenin müşteri olan cezaevinde çalışan bir arkadaşına, ev bilgisayarından mizah girişimli ancak saldırgan ve çıplak kadınların görüntülerini içeren bir e-posta göndermişti. Aynı e-posta; arkadaş tarafından cezaevinde çalışan diğer meslektaşlarına iletilmiş, işveren ise müşterisinin karşısında itibarını zedelediği için e-postayı gönderen çalışanın iş sözleşmesine derhal son vermişti. Mahkeme; çalışanın işyeri ve çalışma saatleri dışında göndermiş olduğu e-postanın bir ağır kusurlu davranış olarak kabul edilebileceği ve bu nedenle derhal işten çıkarılması için haklı bir sebep oluşturduğu yönünde karar vermiştir<sup>174</sup>.

Bir sonuca varmamız gerekirse; İngiliz Hukuku'nda Employment Rights Act 1996 madde 140 hükmüne dayanarak, "summary (instant) dismissal" olarak ifade edilen derhal işten çıkarılma; çalışanların ağır kusurlu davranışlarını gerektirmektedir. Buna rağmen; Kanun hükmünde ne gibi davranışların "ağır kusurlu" olarak kabul edilebileceği konusunda herhangi bir açıklamaya yer verilmemiştir. Bazen; *Mbubaegbu v Homerton University Hospital NHS Foundation Trust* [2018]<sup>175</sup> davasında olduğu gibi çalışanların kümülatif olarak bir dizi eylemlerinin olması, tek bir ağır kusurlu davranış olarak kabul edilebilmekle beraber, çoğu zaman ise tek bir ağır kusurlu davranış nedeniyle ilgili çalışanın iş sözleşmesi derhal, bildirim yapılmadan feshedilebilir. Bu nedenle; her durumun ayrı olarak değerlendirilmesi gerektiği sonucuna varmamız mümkündür.

## SONUÇ

Çalışmamızda, iş sözleşmelerinin sona ermesi bakımından, Türk ve İngiliz Hukuku arasındaki düzenlemeler incelenmiştir. Çalışmada görüldüğü gibi, Türk ve İngiliz Hukuku arasında farklılık göstermeyen, işçinin ölümü, tarafların anlaşması veya belirli bir sürenin sona ermesi, iş sözleşmelerinin fesih dışındaki sebeplerle sona ermesine yol açmaktadır.

Her iki hukuk düzeninde mevcut olan düzenlemeler sayesinde; iş sözleşmeleri fesih yöntemiyle de sonlandırılabilir. Fesih; Türk Hukuku'nda süreli fesih ve bildirimsiz (haklı nedenle) fesih olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Süreli fesih, süresi belirsiz olan sözleşmeler için

<sup>174</sup> COLLINS, Philippa: Finding Fault in the Law of Unfair Dismissal: The Insubstantiality of Reasons for Dismissal, *Industrial Law Journal*, Oxford University Press 2021, 1-28, s.16-17.

<sup>175</sup> *Mbubaegbu v Homerton University Hospital NHS Foundation Trust*, [2018 ] UKEAT/0218/17, UKEAT/0306/17/JOJ, [https://assets.publishing.service.gov.uk/media/5b1fa89440f0b634abe912ad/Mr\\_C\\_Mbubaegbu\\_v\\_Homerton\\_University\\_Hospitals\\_NHS\\_Foundation\\_Trust\\_UKEAT\\_0218\\_17\\_JOJ.pdf](https://assets.publishing.service.gov.uk/media/5b1fa89440f0b634abe912ad/Mr_C_Mbubaegbu_v_Homerton_University_Hospitals_NHS_Foundation_Trust_UKEAT_0218_17_JOJ.pdf) (Erişim Tarihi: 14.09.2022).

uygulanmaktadır, bildirimlessiz (haklı nedenle) fesih ise süresi belirli veya belirsiz olan sözleşmeler için uygulanabilir.

İngiliz Hukuku'nda da Türk Hukuku'nda olduğu gibi; bildirimli ve bildirimlessiz olmak üzere iş sözleşmelerinin sonlandırılması mümkündür. Türk Hukuku'ndaki süreli feshе ilişkin düzenlemelere benzer şekilde; *wrongful dismissal* haksız yere işten çıkarılma durumu; işverenlerin işçilerine işten çıkarıldıklarını bildirmek suretiyle gerçekleşmektedir. Buna rağmen, çalışmamızda tespit edildiği üzere; İngiliz Hukuku'nda haksız fesih niteliğinde olan "*wrongful dismissal*" ve "*unfair dismissal*" işten çıkarılma durumları; Türk Hukuku'ndan farklı olarak, işçinin belirli veya belirsiz süreli iş sözleşmesi ile çalıştırılmaları hâlinde meydana gelecektir.

Türk Hukuku'nda süreli fesih bildirim için geçerli sebepler; çalışanın yetersizliği, davranışları, işletme, iş yeri veya işin gereklerinden doğan sebepler olarak yer almaktadır. Türk Hukuku'nda yer alan süreli fesih bildirim için geçerli sebeplere benzer şekilde; İngiliz Hukuku'nda da işçinin yeterliliği, davranışları, iş gücü fazlalığı veya kanun kısıtlaması nedenlerinin varlığı hâlinde, iş sözleşmeleri sonlandırılabilir. Belirtilen bu sebeplerin dışında iş sözleşmelerinin sonlandırılması, *unfair dismissal* olarak ifade edilen, haksız yere işten çıkarılma olarak kabul edilecektir.

Türk ve İngiliz Hukuku arasındaki bir diğer benzerlik; süreli fesihte çalışanların kıdemlerine bağlı olarak bildirim sürelerinin olmasıdır. Bildirimlessiz (haklı nedenle) fesihte herhangi bir bildirim süresi olmadığı için iş sözleşmesinin feshedilmesiyle, sözleşme derhal sona erecektir. Buna karşılık; süreli fesihte taraflardan biri iş sözleşmesini feshettiğine dair karşı tarafa bildirimde bulunması gerekmektedir ve iş sözleşmesi belirli bir süreliğine devam edecek, saptanan sürenin dolması ile iş sözleşmesi kesin olarak sona erecektir. Her iki hukuk düzeni bakımından bildirim sürelerinin farklılık göstermesine rağmen, taraflar arasında yapılan bir sözleşme ile farklı bir sürenin kararlaştırılabileceği de kabul edilmektedir.

Türk Hukuku'ndaki bildirimlessiz (haklı nedenle) fesih türüne benzer şekilde; İngiliz Hukuku'nda da işçi veya işveren tarafından, iş sözleşmesinin derhal sonlandırılması mümkündür. Ancak burada; Türk ve İngiliz Hukuku arasındaki farklar ortaya çıkmaktadır. Türk Hukuku'nda işçi veya işveren tarafının haklı nedene dayanarak iş sözleşmesini feshetme hakkı, "*sağlık sebepleri*", "*ahlâk ve iyiniyet kurallarına uymayan haller ve benzerleri*" ve "*zorlayıcı sebepler*" olmak üzere üç ayrı başlık altında değerlendirilmiştir. Belirtilen haklı sebeplere ek olarak, "*işçinin gözüaltına alınması veya tutuklanması halinde devamsızlığın 17. maddedeki bildirim süresini*

*aşması*” da işveren açısından işçinin iş sözleşmesini sonlandırması için bir haklı sebep daha mevcuttur. Türk Hukuku’nda kanunda açıkça yer alan sebeplere rağmen, İngiliz Hukuku’nda bu gibi sebeplere, kanunda açık olarak yer verilmemiştir. Yine de İngiliz Hukuku’nda işçi veya işveren tarafından iş sözleşmesinin derhal sonlandırılması mümkündür. Özellikle işverenin davranışları nedeniyle işçinin işten ayrılmaya zorlanması durumu, “*constructive dismissal*” olarak ifade edilmekte olup, işverenin iş sözleşmesini ihlal etmesini gerektirmektedir ve bu ihlal, işverenin sözleşmeyi tek taraflı olarak değiştirmesi veya işçiye karşı yükümlülüklerini yerine getirmemesi durumlarında olduğu gibi; sözleşmenin temeline aykırı olmalıdır.

İşveren tarafının ise işçinin iş sözleşmesini derhal sonlandırması, “*summary (instant) dismissal*” olarak ifade edilmektedir. Türk Hukuku’na benzer şekilde, işveren, bu fesih türünde, işçiye herhangi bir bildirim yapmadan iş sözleşmesini derhal feshedebilir, ancak bunun meydana gelmesi açısından, sınırlı sayıda olmamakla beraber işçinin ağır suç işlemesi, görevini kötüye kullanması, alkolik olması, diğer çalışanlara, müşterilere veya işverenin mülküne karşı şiddet uygulaması, hırsızlık, fiziksel şiddet, ağır ihmal veya ciddi itaatsizlik gibi “*gross misconduct*” olarak ifade edilen; *ağır kusurlu davranışını* gerektirmektedir.

Sonuç olarak; Türk ve İngiliz Hukuku açısından iş sözleşmelerinin işveren veya işçi tarafından sonlandırılması mümkündür. İş sözleşmeleri her iki hukuk düzeni bakımından fesih dışındaki sebepler ile sona erebileceği gibi, fesih nedeniyle de *bildirimli* ve *bildirimsiz* olmak üzere sona erdirilebilir, ancak her iki hukuk düzeninde özellikle bildirimsiz (haklı nedenle) fesih türünde olduğu gibi farklı nedenler öngörülmüştür. Çalışmamızın amacı, Türk ve İngiliz Hukuku arasındaki tespit edilen farklı düzenlemeleri inceleme konusu yapmaktır.

## KAYNAKLAR

- A Guide to UK Employment Law 2014, [http://www.kemp-little.com/cms/document/Guide\\_to\\_UK\\_Employment\\_Law.pdf](http://www.kemp-little.com/cms/document/Guide_to_UK_Employment_Law.pdf) (Erişim Tarihi: 16.12.2020).
- BEDÜK, Mehmet Nusret: İş Sözleşmesinin İşçi Tarafından Feshi ve Feshin Hukuki Sonuçları, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.27, S.2, 2019, s.679-726.
- BOWERS, John: *Termination of Employment*, 4. Bası, London 2001.
- CABRELLI, David: *Employment Law*, 5. Bası, Pearson 2017.
- CHANDLER, Peter: *A-Z of Employment Law*, 4. Bası, London 2003.
- Chartered Institute of Personnel and Development 2022 (CIPD), 'Redundancy: An Introduction', 31.08.2022: <https://www.cipd.co.uk/knowledge/fundamentals/emp-law/redundancy/factsheet#> (Erişim Tarihi: 09.09.2022).
- Citizens Advice: Check if your Dismissal is Unfair, 2022, <https://www.citizensadvice.org.uk/work/leaving-a-job/dismissal/check-if-your-dismissal-is-fair/> (Erişim Tarihi: 20.09.2022).
- Citizens Advice: Your Notice Period During Dismissal, 2022, <https://www.citizensadvice.org.uk/work/leaving-a-job/dismissal/your-notice-period-during-dismissal/> (Erişim Tarihi: 20.09.2022).
- Citizens Advice: Your Notice Period When Resigning, 2022, <https://www.citizensadvice.org.uk/work/leaving-a-job/resigning/your-notice-period-when-resigning/> (Erişim Tarihi: 21.09.2022).
- COLLINS, Philippa: Finding Fault in the Law of Unfair Dismissal: The Insubstantiality of Reasons for Dismissal, *Industrial Law Journal*, Oxford University Press 2021, 1-28.
- ÇELİK, Nuri; CANIKLIOĞLU, Nurşen; CANBOLAT, Talat: *İş Hukuku Dersleri*, 29. Bası, İstanbul 2016.
- DALDAL, Zeynep: İş Sözleşmesinin Feshi ve Sonuçları: 4857 ve 5953 Sayılı Kanunların İncelenmesi Uzmanlık Tezi, T.C. Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı Çalışma Genel Müdürlüğü, Ankara 2014.

DAVIES, A.C.L: *Employment Law*, Pearson Education 2015

Dismissal: Your Rights. Reasons you can be Dismissed:  
<https://www.gov.uk/dismissal/reasons-you-can-be-dismissed>  
(Erişim Tarihi: 08.09.2022).

Dismissal: Your Rights. Unfair and Constructive Dismissal:  
<https://www.gov.uk/dismissal/unfair-and-constructive-dismissal>  
(Erişim Tarihi: 08.09.2022).

Dismissal: Your Rights. What to do if you are dismissed:  
<https://www.gov.uk/dismissal/what-to-do-if-youre-dismissed>  
(Erişim Tarihi: 21.09.2022).

Dismissing Staff: Eligibility to Claim Unfair Dismissal:  
<https://www.gov.uk/dismiss-staff/eligibility-to-claim-unfair-dismissal>  
(Erişim Tarihi: 21.09.2022).

Dismissing Staff: Gross Misconduct: <https://www.gov.uk/dismiss-staff/dismissals-on-capability-or-conduct-grounds> (Erişim Tarihi: 15.09.2022).

Dismissing Staff: Unfair Dismissal: <https://www.gov.uk/dismiss-staff/unfair-dismissals> (Erişim Tarihi: 21.09.2022).

DUDDINGTON, John: *Employment Law*, 2. Bası, England 2007.

EKONOMİ, Münir: Kadın İşçilerin Gebelik ve Doğum Halinde Feshe Karşı Korunması, Çalışma ve Toplum: *Ekonomi ve Hukuk Dergisi*, Sayı 22, 2009/3, s.11-34.

Employment Rights, Mayor of London Publication: [https://www.london.gov.uk/sites/default/files/pdf\\_format\\_employment\\_rights\\_hub-tur.pdf](https://www.london.gov.uk/sites/default/files/pdf_format_employment_rights_hub-tur.pdf) (Erişim Tarihi: 23.08.2022).

GEREK, Nüvit; GÖKÇEK KARACA, Nuray; BAYBORA, Dilek; KOCA-BAŞ, Fatma: *İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku*, Ankara, 2013

GÖKTAŞ, Seracettin: İş Sözleşmesinin İşverence Feshi ve İş Güvencesi, *Ankara Barosu Dergisi*, Yıl 66, Sayı 1, Kış 2008.

GROMEK BROK, Katarzyna: *Termination of Employment*, York Law School 2011, [https://www.ka.edu.pl/download/gfx/ksw/pl/defaultaktualnosci/1162/50/1/dismissaltermination\\_of\\_employment2011.doc](https://www.ka.edu.pl/download/gfx/ksw/pl/defaultaktualnosci/1162/50/1/dismissaltermination_of_employment2011.doc), (Erişim Tarihi: 28.09.2022).



- HONEYBALL, Simon: *Honeyball & Bowers' Textbook on Employment Law*, 13. Bası, Oxford 2014.
- HOR, Joydeep: *Labour and Employment Law Manual*, 3. Bası, Wolters Kluwer 2020.
- KALKAN, Arif: İş Sözleşmesinde Fesih Halleri, *ERÜHFD*, Cilt: XIII, Sayı: 1, Yıl: 2018.
- KARAÇ, Serkan Taylan: Türk İş Hukuku Bağlamında İkale Sözleşmelerinin Geçerlilik Ölçütleri ve "Makul Yarar" Kavramı, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, Sayı: 50, Yıl: 13, Nisan 2022, 385-416.
- KARSLI, Abdurrahim, *Medeni Muhakeme Hukuku*, 4.Bası, İstanbul.
- KESER, Hakan: "İş Sözleşmesinin Mobbing Sebebi ile Feshi Üzerinde Bir Değerlendirme" Prof. Dr. Fevzi Demir'e Armağan (*İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi*) Özel Sayı, İstanbul 2016, s.261-276.
- KUTAL, Metin, "İşçinin Feshe Karşı Korunması Kavramı, İktisadi ve Sosyal Boyutları", İş Hukukuna ve Sosyal Güvenlik Hukukuna İlişkin Sorular ve Çözüm Önerileri 2001 Yılı Toplantısı, İstanbul 2002.
- LEIGHTON Patricia/ PAINTER, Richard: *Individual Employment Law*, *Industrial Law Journal*, 1986, Cilt: 15, Sayı: 1, s.127-129
- LEWIS, Joan: *Employment Law and Occupational Health: A Practical Handbook*, 2.Bası, Oxford 2010.
- MANAV, Eda: *İş Hukukunda Geçersiz Fesih ve Geçersiz Feshin Hüküm ve Sonuçları*, Turhan Kitabevi, Ankara 2009.
- MARTİN, David: *Discrimination Law and Employment Issues*, London, 2006.
- MAZLUM, İsmet: Feshe İtiraz Davası, *Ankara Barosu Dergisi*, 2013/2, s.249-276.
- OĞUZMAN, Kemal; BARLAS, Nami: *Medeni Hukuk*, 23. Bası, İstanbul, 2017.
- ORDU, Ayten: Medeni Usul Hukukunda Genel Olarak İspat ve İlk Görünüş İspatı, *Yakın Doğu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Sayı 1, Yıl 2018, 13-243.

- PEKCANITEZ, Hakan; ATALAY, Oğuz; ÖZEKES, Muhammet: *Medenî Usûl Hukuku*, 5. Baskı, İstanbul, 2017.
- PYPER, Doug: *Key Employment Rights*, House of Commons Briefing Paper Number CBP 7245, Kasım 2018, <https://researchbriefings.files.parliament.uk/documents/CBP-7245/CBP-7245.pdf> (Erişim Tarihi: 20.09.2022).
- Redundancy: Your Rights: <https://www.gov.uk/redundancy-your-rights> (Erişim Tarihi: 08.09.2022).
- SAPPIDEEN, Carolyn/ M. O'GRADY, Paul/ RILEY, Joellen/ SMITH, Belinda: *Macken's Law of Employment*, 8. Bası, Thompson Reuters 2016.
- SARGEANT, Malcolm; LEWIS, David: *Employment Law: The Essentials*, 15. Bası, England 2020.
- SOYER, Polat: Hizmet Sözleşmesinin Sona Ermesine İlişkin "Yeni" Türk Borçlar Kanunu Hükümleri ve İş Hukuku Bakımından Önemi, *Sicil*, Haziran 2011 (Hizmet Sözleşmesinin Sona Ermesi), s.12-21.
- SOYER, Polat: "İşçiyi Bireysel Fesihlere Karşı Koruyan Yasal Düzenlemelerin Genel Çerçevesi ve Yargıtay Kararları Işığında Uygulama Sorunları" Legal 2005 Yılı Toplantısı (İşçiyi Bireysel Fesihlere Karşı Korumaya), s.27-69.
- SOYER, Polat: "Yeni" Türk Borçlar Kanunu'nda Yer Alan "Genel Hizmet Sözleşmesi"ne İlişkin Bazı Düzenlemelerin İş Hukuku Açısından Önemi İB-GSÜ Tarafından Haziran 2011'de Düzenlenen İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku 2011 Yılı Toplantıları, İstanbul, 2012 (Genel Hizmet Sözleşmesi), s.165-203.
- SÜZEK, Sarper: *İş Hukuku*, 12. Bası, İstanbul 2016.
- TAŞKENT, Savaş: İş Sözleşmesinin İkale Yolu İle Sona Erdirilmesi, *Kamu İş*; C:11, S:4, 2011, 1-7.
- TURNER, Chris: *Employment Law*, 3.bası, London, 2011.
- UMAR, Bilge; YILMAZ, Ejder, *İspat Yükü*, 2.Bası, İstanbul, 1980.
- YILDIRIM, Bayram: *6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda İşçi Hakları ve İş Kanunu Karşılaştırması*, Bursa 2014.
- YILMAZ, Ejder: *Hukuk Sözlüğü*, 9. Baskı, Ankara, 2005.

ZUCKERMAN, Adrian, *Zuckerman on Civil Procedure Principles of Practice*, 3. Bası, London, 2013.



## ANONİM ŞİRKETTE TTK M. 421.6 BAĞLAMINDA PAY DEVRİ KISITLAMALARININ GEÇİCİ OLARAK ETKİSİZ HÂLE GELMESİ

Dr. Öğr. Üyesi Özlem İLBASMIŞ HIZLISOY\*

### Öz

Bu çalışmada, anonim şirkette Türk Ticaret Kanunu (TTK) m. 421.6 bağlamında pay devri kısıtlamalarının geçici olarak etkisiz hâle gelmesi inceleme konusu yapılacaktır. Çalışmamızda, öncelikle TTK m. 421.6'nın uygulanmasını gerektiren genel kurul kararları ve bu kararların kapsamı ele alınacaktır. Bu bağlamda, mevcut imtiyazların kapsamını değiştiren, mevcut imtiyazları kaldıran kararlar ile tasfiyeden dönme kararının hükmün uygulama alanına girip girmediği incelenecektir. Ayrıca işletme konusunun tamamen değiştirilmesi ifadesi ile hangi durumlarının kastedildiği açıklığa kavuşturulacaktır.

Daha sonra, nama yazılı pay sahiplerinin TTK m. 421.6'da öngörülen imkândan faydalanabilmeleri için ilgili karara olumlu oy vermemelerinin yeterli olup olmayacağı hususu ele alınacaktır. Yine karara olumsuz oy veren pay sahiplerinin ayrıca muhalefetlerini toplantı tutanağına geçirtmiş olmaları şartının aranıp aranmayacağı sorunu mercek altına alınacaktır.

Nihayet, TTK m. 421.6'daki kararlara olumsuz oy vermiş nama yazılı pay sahipleri bakımından altı aylık süre boyunca kanuni bağlamın etkisiz hâle gelip gelmeyeceği değerlendirilecektir. Ayrıca TTK m. 421.6'nın uygulanacağı durumlarda şirketin alım teklifinde bulunarak pay devrine onay vermeyi red-

\* Dr. Öğr. Üyesi, Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ticaret Hukuku ABD, Kayseri, Türkiye | Asst. Prof., Erciyes University, Faculty of Law, Department of Commercial Law, Kayseri, Turkey.

✉ ilbasmis@erciyes.edu.tr • ORCID 0000-0003-0560-4498

✎ **Atıf Şekli** | Cite As: İLBASMIŞ HIZLISOY Özlem, "Anonim Şirkette TTK M. 421.6 Bağlamında Pay Devri Kısıtlamalarının Geçici Olarak Etkisiz Hale Gelmesi", *SÜHFD.*, C. 30, S. 4, 2022, s. 2085-2125.

✎ **İntihal** | **Plagiarism**: Bu makale intihal programında taranmış ve en az iki hakem incelemesinden geçmiştir. | This article has been scanned via a plagiarism software and reviewed by at least two referees.

✎ Bu eser Creative Commons Atıf-GayriTicari 4.0 Uluslararası Lisansı ile lisanslanmıştır. | This work is licensed under Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License.

dedebilmesinin mümkün olup olmadığı meselesi ele alınacaktır. Bu hususta nama yazılı payların borsaya kote edilmiş olup olmasının farklı bir sonuca varılmasını gerektirip gerektirmeyeceği değerlendirilecektir.

### **Anahtar Kelimeler**

Devrin Sınırlandırılması • Etkisizleşme • İşletme Konusunun Değiştirilmesi • İmtiyaz Pay oluşturulması • Alım Teklifi

## **TEMPORARY INEFFECTIVENESS OF SHARE TRANSFER RESTRICTIONS IN THE CONTEXT OF TCC ART. 421.6 IN JOINT STOCK COMPANY**

### **Abstract**

In this study, temporary ineffectiveness of share transfer restrictions in the context of Turkish Commercial Code (TCC) Art. 421.6 in joint stock company will be examined. In our study, primarily general assembly resolutions requiring the implementation of TCC Art. 421.6 and the scope of these resolutions will be discussed. In this context, it will be examined whether the decisions that change the scope of existing privileges, remove existing privileges and the decision to withdraw from liquidation fall within the scope of application of the provision. In addition, it will be clarified which situations are meant by the expression of complete change of the company's field of activity.

Then, the questions will be discussed whether it will be sufficient for the registered share owners not to agree to the relevant resolution in order to benefit from the opportunity envisaged in TCC art. 421.6. Again, the question of whether the shareholders who voted against the resolution should also have their opposition recorded in the meeting minutes will be examined.

Finally, it will be evaluated whether the statutory restriction will become ineffective for the six-month period for the registered share owners who voted against the resolutions in TCC Art. 421.6. In addition, the issue will be discussed whether it is possible for the company to refuse to give consent for the transfer of shares by making a take over offer in cases where 421.6 is applicable. In this regard, it will be evaluated whether shall be reached a different conclusion or not when the registered shares are listed on the stock exchange.

### **Key Words**

Restricted Transfer • Become Ineffective • Change of the Company's Field of Activity • Creation of Privileged Shares • Take Over Offer

## **GİRİŞ**

Anonim şirketlerde paylar kural olarak serbestçe devredilebilir. Nama yazılı payların kısıtlamaya tabi olmaksızın devredilebilmesi yanında veya esas sözleşmede aksinin öngörülmemiş olmasına bağlıdır

(TTK m. 490.1). Dolayısıyla kanundan veya esas sözleşmeden kaynaklanan bazı hâllerde nama yazılı payların devri sınırlandırılabilir. Nama yazılı paylar bakımından kanundan kaynaklanan devir sınırlandırmasına (kanuni bağlama) ilişkin bir durum, TTK m. 491’de hükme bağlanmıştır. TTK m. 492.1’de ise esas sözleşmeyle nama yazılı payların devrinin şirketin onayına tabi tutulabileceği (esas sözleşmesel bağlam) düzenlenmiştir<sup>1</sup>. Diğer taraftan, TTK’de pay devri kısıtlamalarının etkisiz hâle geldiği bazı durumlar hüküm altında alınmıştır (TTK m. 491.1, 492.3, 493.4, 495.3, 421.6 gibi).

Bahsi geçen hâllerden TTK m. 421.6 çalışma konumuzu oluşturmaktadır. Bu hükümde, işletme konusunun tümüyle değiştirilmesi veya imtiyazlı pay oluşturulması kararına olumsuz oy vermiş nama yazılı payların<sup>2</sup> sahiplerinin anılan kararın Türkiye Ticaret Sicili Gazetesi (TTSG)’nde yayımlanmasından itibaren altı ay süresince pay devri sınırlamalarına tabi olmayacakları düzenlenmiştir. Hükümün amacı, şirkette önemli değişikliklere yol açan bu kararların alındığı durumlarda nama yazılı payların sahiplerine paylarını serbestçe devrederek şirketten ayrılma olanağı sağlamaktır. Bahsi geçen hâllerde pay sahipleri, bu kararların alınmasına engel olamasa da bağlam geçici olarak askıya alındığı için şartları değişmiş şirketten adeta kurtulma imkânına kavuşmaktadır<sup>3</sup>.

Mehaz İsvBK m. 704.3 uyarınca, şirketin amacının değiştirilmesi veya oyda imtiyazlı pay oluşturulması kararına olumlu oy vermemiş nama yazılı payların sahipleri, kararın İsviçre Resmi Ticaret Gazetesi’nde (“*im Schweizerischen Handelsamtsblatt*”) yayımlanmasından itibaren altı ay boyunca payların devredilebilirliğiyle ilgili esas sözleşmesel sınırlamalarla bağlı değildir. İsviçre öğretisinde bu hükümün, nama yazılı payların sahiplerinin, genel kuruldaki oy güçlerinin ve şirketin hâliha-

<sup>1</sup> Yine bkz. TTK m. 339.2.d. Bağlam kurallarının katı bir sermaye şirketi olan anonim şirkette kişisel unsurları ortaya çıkardığı yönünde bkz. PULAŞLI, Hasan, Bağlı Nama Yazılı Pay Senetleri, Ankara, 1992, s. 113.

<sup>2</sup> TTK m. 421.6’da kullanılan *pay* kelimesinin *payların* olması gerektiği yönünde bkz. MOROĞLU, Erdoğan/KENDİGELEN, Abuzer, İçtihatlı-Notlu Türk Ticaret Kanunu ve İlgili Mevzuat, İstanbul, 2014, s. 318, dpn. 93; KENDİGELEN, Abuzer, Notlu Türk Ticaret Kanunu ve İlgili Mevzuat, 7. Baskı, İstanbul, 2020, s. 138, dpn. 96.

<sup>3</sup> Bkz. TTK m. 421.6’nın gerekçesi.

zırdaki işletme konusunun devamı hususundaki menfaatlerinin korunmasına yönelik olduğu kabul edilmektedir<sup>4</sup>. Zira nama yazılı payların sahipleri, hükümde anılan kararların alınmasına engel olamasa da devir sınırlamalarıyla bağlı olmadan paylarını devrederek şirketten ayrılabilirlerdir<sup>5</sup>.

## I. TTK M. 421.6'NİN UYGULAMA ALANINA GİREN GENEL KURUL KARARLARI VE BU KARARLARIN KAPSAMI

TTK m. 421.6'da yer verilen iki hâl de (gerek işletme konusunun tümüyle değiştirilmesi gerekse imtiyazlı pay oluşturulması) esas sözleşme değişikliği niteliğinde genel kurul kararlarıdır. TTK m. 421.3.a ve b uyarınca bu kararlar sermayenin en az yüzde yetmiş beşini oluşturan payların sahiplerinin (veya temsilcilerinin) olumlu oylarıyla alınabilir. Öte yandan TTK m. 421.6'da aynı hükmün üçüncü fıkrasıyla aynı ağırlaştırılmış nisaba tabi tutulmuş olan üç karardan sadece ikisinin pay devri sınırlamalarının geçici olarak etkisiz hâle gelmesi sonucunu doğuracağı belirtilmiştir. Açık deyişle, nama yazılı payların devrinin sınırlandırılması kararına TTK m. 421.6'da yer verilmemiştir. TTK m. 421.6'da sayılmamış olsa da aynı hükmün üçüncü fıkrasında aynı nisaba tabi tutulmuş olmasından yola çıkılarak bu kararın da bağlamın geçici olarak etkisini kaybetmesi neticesini ortaya çıkaracağı ileri sürülebilir mi?

Nama yazılı payların devrinin sınırlandırılması kararına üçüncü fıkrada yer verilip altıncı fıkrada yer verilmemiş olması, bu kararın altıncı fıkranın uygulama alanına dâhil edilemeyeceğini gösterir. Nitekim bahsi geçen soruna hükmün gerekçesinde işaret edilmiş ve olumsuz yanıt verilmiştir<sup>6</sup>. Nama yazılı payların devrinin sınırlandırılması kara-

<sup>4</sup> DUBS, Dieter/TRUFFER, Roland, Basler Kommentar, Obligationenrecht II, Art. 530-964 OR inkl. Schlussbestimmungen (Honsell/Vogt/Watter), 5. Auflage, Basel, 2016, Art. 704 N. 20; TANNER, Brigitte, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Obligationenrecht, 5. Teil Die Aktiengesellschaft, Teilband V 5b Die Generalversammlung Art. 698-706b OR, Zürich, 2003, Art. 704 N. 112.

<sup>5</sup> DUBS/TRUFFER, Art. 704 N. 20; TANNER, Art. 704 N. 113.

<sup>6</sup> Şöyle ki, TTK m. 421.6'nun gerekçesindeki konuya ilişkin kısım şu şekildedir: "... Bu hakkın sadece söz konusu kararlara karşı olumsuz oy kullanmış pay sahiplerine tanınması da ayrıca yorumlanmayı gerektirmeyecek kadar açıktır. Aynı olanağın, esas sözleşmeye bağla-



rının altıncı fıkrada yer alan kararlarla aynı nisaba tabi tutulmuş olması da bu kararın TTK m. 421.6'nın uygulanmasını gerektirecek bir durum olarak kabulünün gerekçesi olamaz. Kaldı ki TTK m. 421.3'te olmasa da bu hükme atıf yoluyla aynı nisaba tabi tutulan başka kararlar da mevcuttur<sup>7</sup>.

Nama yazılı payların devrinin sınırlandırılması kararına olumsuz oy vermiş nama yazılı payların sahiplerine altı ay süresince pay devri kısıtlamalarıyla bağlı olmama imkânının tanınmış olmamasının yerinde olup olmadığı hususu öğretilerde tartışmalıdır.

Bir görüş, TTK m. 421.6'da öngörülen imkânın TTK m. 421.3'te yer alan iki esas sözleşme değişikliği kararı için tanınıp nama yazılı payların devrinin sınırlandırılması kararı için tanınmamasının isabetli olmadığı yönündedir<sup>8</sup>. Bu görüşü savunanlardan *Kendigelen*, TTK m. 421.6'da tanınan imkânın pay sahibine tam da bu durumda sağlanması gerektiği düşüncesindedir. Zira bir pay sahibinin başta söz konusu olmayan bir devir sınırlandırmasına kendisinin olumsuz oyuna rağmen tabi kılınması adil olmayacaktır. Ayrıca yazara göre, bu hâlde yabancılaşma tehlikesi söz konusu olmayacaktır. Şöyle ki devir sınırlandırmasına ilişkin bu karar

---

*mın bir değişiklik ile konulmuş olması halinde tanınmamasının sebebi, bağlamdan beklenen yararın etkisiz hale getirilmemesidir. Bağlam hemen daima türü, niteliği, kapsamı ne olursa olsun yabancılaşmayı önler. Altı ay süre ile yabancılaşmaya izin vermek değişiklikten beklene ni ortadan kaldıracaktır."*

TTK m. 421.6'nın iki karara özgülenmesinin sorgulanması için ve anılan hükümde hâlihazırda mevcut sınırlamaların etkisizleşmesi durumunun söz konusu olduğu, Kanunda yeni getirilmiş devir sınırlandırmasının aynı nitelikte görülmemiş olduğu yönünde bkz. TEKİNALP, Ünal, Anonim Ortaklıkta Yeni Bağlam Sisteminin Esasları, Pay Defteri Hukuku ile, İstanbul, 2012, s. 37-38.

<sup>7</sup> Bkz. TTK m. 356.3, m. 473.3, m. 529.1.d gibi.

<sup>8</sup> KENDİGELEN, Abuzer, Yeni Türk Ticaret Kanunu, Değişiklikler, Yenilikler ve İlk Tespitler, Güncellenmiş 2. Baskıdan 3. (Tıpkı) Baskı, İstanbul, 2016, s. 321; BİLGİLİ, Fatih/DEMİRKAPI, Ertan, Şirketler Hukuku Dersleri, Bursa, 2020, s. 246. Benzer yönde bkz. AKIN, Murat Yusuf, Anonim Ortaklıkta Bağlı Nama Yazılı Hisseler, Birinci Baskıdan Tıpkı Baskı, İstanbul, 2014, s. 244. Payın serbestçe devrinin kural, pay devrini engelleyen hükümlerin ise istisna olması ilkesinden yola çıkan *Akın*, nama yazılı payların devrinin sonradan sınırlandırılması hâlinde olumsuz oy veren pay sahiplerine sınırlı şekilde kullanılacak bir tür çıkma hakkının Kanunla tanınabileceği düşüncesindedir. Yazara göre, TTK m. 421.6'da tanınan devir sınırlamaları ile bağlı olmaksızın payını satma hakkına benzeri bir hakkın bağlamın kurulmasını takiben de -yalnızca diğer pay sahipleri ve şirket tarafından kullanılmak üzere- tanınması menfaatler dengesine uygun olabilecektir (AKIN, s. 244).

sermayenin en az yüzde yetmiş beşini temsil eden payların sahiplerinin (veya temsilcilerinin) olumlu oylarıyla alınacaktır. Dolayısıyla sadece yüzde yirmi beşlik dilim içinde bulunan ve karara karşı oy kullanan bir pay sahibi payını devir sınırlamasına tabi olmaksızın devretmek isteyebilecektir<sup>9</sup>.

Karşı görüş, TTK'deki tercihin yerinde olduğu yönündedir. *Uzel*'e göre şirketin birtakım ihtiyaçları doğrultusunda devir sınırlaması getirilmesinin yabancılaşmayı önleme amacını gerçekleştirebilmesi için getirilen bu sınırlamanın derhâl uygulanması gereklidir<sup>10</sup>.

*Bozkurt* ise TTK m. 421.6'daki imkânın nama yazılı payların devrinin sınırlandırılması kararı için tanınmasının bu karara olumsuz oy vermiş pay sahiplerinin azami olabilecek pay oranları dikkate alındığında çoğunluğun ele geçirilmesine yol açamayacağını kabul etmektedir. Ancak yazar bu durumun azınlık hakkının elde edilmesini sağlayabileceğine dikkat çekmektedir. Bu durumun da sonraki bağlam ile güdülen amacın ortadan kalkması ve azınlık haklarına sahip rakiplerin şirkete sızması tehlikelerine yol açabileceğine işaret etmektedir. Bu çerçevede yazar bu olanağın tanınmasının fayda veya sakıncalarının ancak ilgili şirketteki pay sahipliği ilişkileri ve somut olayda bağlamın öngörülmesiyle güdülen amaç çerçevesinde saptanabileceğini ifade etmektedir<sup>11</sup>.

Fikrimizce de bu tercih isabetlidir. Gerçekten de bir taraftan pay devri sınırlaması getirilmesi diğer taraftan bu karara olumsuz oy veren pay sahiplerine TTK m. 421.6'daki imkânın tanınması, getirilen sınırlan-

<sup>9</sup> KENDİGELEN, İlk Tespitler, s. 321.

<sup>10</sup> UZEL, Necdet, Anonim Ortaklıkta Esas Sözleşmesel Bağlam, İstanbul, 2013, s. 148. *Uzel*, bu hususta şu örneği vermektedir (s. 148): “Örneğin pay sahiplerinin aynı meslekten olduğu ve bu yönde bir önemli sebep hükmüne esas sözleşmesinde yer vermeyen bir ortaklığın ilerleyen dönemlerde esas sözleşmesini ihtiyaçlar uyarınca değiştirmesi hâlinde payların serbestçe devredilebilir olmasını kabul etmek doğru olmaz. Bu hâlde esas sözleşme değişikliğinden beklenen yarar gerçekleşmez.”

<sup>11</sup> BOZKURT, Tamer, Anonim Şirketlerde Pay Devrinin Sınırlandırılması (Bağlam) - Die Vinkulierung, İstanbul, 2016, s. 44. Ayrıca *Bozkurt*, nama yazılı payların devrinin sınırlandırılmasına ilişkin esas sözleşme değişikliği kararına olumsuz oy vermiş nama yazılı payların sahiplerinin -kararın TTSG'de yayımlanmasından itibaren altı ay süresince olmasa da- kararın alınması süreci ile tescil-ilanı arasındaki zaman diliminde devir kısıtlamalarıyla bağlı olmadan paylarını devretme imkânının mevcut olduğuna da işaret etmektedir (s. 43-44).

dırmanın altı aylık bir süre için uygulamasının geri bırakılması anlamına gelecektir. Bu geri bırakılmanın sadece olumsuz oy verenler bakımından olması da durumu değiştirmez. Bu sürede karar derhâl uygulanıyorsa sağlanacak menfaatlerin elde edilmesinin mümkün olmayabileceği durumlar ortaya çıkabilecektir. Yine TTK m. 421.6'daki olanağın nama yazılı payların devrinin sınırlandırılması kararı için tanınması, sermayenin azami yüzde yirmi beşlik bir kısmını temsil eden payların altı aylık bir devir serbestisi çerçevesinde el değiştirebilmesi ihtimalini ortaya çıkarabilecektir. Ancak sermayenin yüzde yirmi beşinin azımsanmayacak bir oran olduğu da aşikârdır. İlgili şirketin pay sahipliği yapısı çerçevesinde, özellikle *güç boşluğu* bulunan şirketlerde bu oran bazen bazı kararların alınabilmesi için yeterli de olabilir. Kaldı ki halka açık olmayan anonim şirketlerde azınlık haklarının kullanılabilmesi için sermayenin yüzde onunu, halka açık şirketlerde yüzde beşini temsil eden paylara sahip olmak yeterlidir.

Netice itibariyle TTK m. 421.6 gereğince pay devri kısıtlamalarının geçici olarak etkisiz hâle gelmesi sonucunu doğuracak genel kurul kararları, *imtiyazlı pay oluşturulması* veya *işletme konusunun tamamen değiştirilmesidir*.

### **A. İmtiyazlı Pay Oluşturulmasına İlişkin Genel Kurul Kararları**

TTK m. 421.6 uyarınca *imtiyazlı pay oluşturulmasına ilişkin genel kurul kararı* hükmün uygulanmasını gerektiren kararlardandır.

Mehaz İsvBK m. 704.3'ün bu konuda farklılaşan yönünü hatırlatmakta fayda vardır. Anılan hükümde, *oyda imtiyazlı pay (Stimmrechtsaktien) oluşturulması* kararına olumlu oy vermemiş nama yazılı payların sahipleri altı ay süreyle devir kısıtlamalarından muaf tutulmuştur. Açık deyişle, bu hüküm uyarınca oy hakkı dışındaki (örneğin kâr payı, tasfiye payı, rüçhan hakkı gibi) haklarda imtiyaz oluşturulmasına ilişkin kararlar hükmün uygulanmasını gerektirmez. Hâl böyle olunca, İsvBK'da nama yazılı payların sahiplerinin özellikle genel kuruldaki oy güçlerinin devamı hususundaki menfaatlerinin korunması veya yönetsel dengelerin değişmesine bağlı olumsuz sonuçlardan korunması ön plana alınmış gibi düşünülebilir. Buna karşılık TTK'de imtiyazın türü ile ilgili bir ayırım yapılmamış olması daha isabetli bir tercihtir. Zira rüçhan hakkın-

da imtiyaz tanınması netice itibariyle genel kuruldaki oy gücünün değişmesine yol açabilecektir. Yine yönetim kuruluna üye seçiminde aday gösterme imtiyazı oluşturulması yönetsel dengelerin değişmesine yol açabilecek bir karardır.

TTK m. 421.6 uyarınca pay devri kısıtlamalarının geçici olarak etkisini kaybetmesi neticesini ortaya çıkaran *imtiyazlı pay oluşturulmasına ilişkin genel kurul kararının* kapsamının belirlenmesi gerekir. Bu bağlamda, mevcut imtiyazları genişleten veya daraltan yahut kaldıran kararların TTK m. 421.6'ın uygulanmasını gerektirip gerektirmeyeceği sorunları açıklığa kavuşturulmalıdır.

Öğretide mevcut imtiyazları genişleten kararların hükmün kapsamında kabul edilmesi gerektiği ileri sürülmektedir. Zira TTK m. 421.6'nın öngörülmesiyle hükümde sayılan hâllerde karara muhalif kalan pay sahiplerinin şirket içi mali ve yönetsel dengelerin değişmesine bağlı olumsuz sonuçlardan korunması amaçlanmıştır<sup>12</sup>.

TTK m. 421.6'da kullanılan ifade "*oluşturulması*"dır. Oluşturmak fiilinin anlamı "*oluşmasını sağlamak, meydana getirmek, teşekkül ettirmek, tekvin etmek*"tir<sup>13</sup>. Kanunun sözü imtiyazları genişleten veya daraltan yahut kaldıran kararların hükmün uygulama alanına dâhil edilmesine engel teşkil etmektedir. Nitekim Sermaye Piyasası Kanunu (SerPK) m. 23.1'de, (20.2.2020 tarihli ve 7222 sayılı Kanun değişikliğinden önce olduğu gibi değişiklikten sonra da) sadece *imtiyaz öngörülmesi* değil *mevcut imtiyazların kapsam veya konusunun değiştirilmesi* de önemli nitelikte işlemlerden sayılmıştır. Eğer mevcut imtiyazları genişleten kararların TTK m. 421.6'nın kapsamına alınması arzu edilseydi hükmün düzenlenişi SerPK m. 23.1'e benzer şekilde olurdu. Kaldı ki imtiyazlı pay oluşturulması kararını ağırlaştırılmış nisaba bağlayan TTK m. 421.3'ün gerekçesinde mevcut imtiyazların genişletilmesinin veya daraltılmasının yahut kaldırılmasının TTK m. 421.3.b'de yer alan "*İmtiyazlı pay oluşturulması*"nın kapsamında olmadığı dile getirilmiştir. Aynı hükmün altıncı fıkrası bakımından da bu gerekçedeki ifadelerden yola çıkılacak olursa mevcut imtiyazların genişletilmesine veya daraltılmasına yahut kaldı-

<sup>12</sup> UZEL, s. 145.

<sup>13</sup> Türk Dil Kurumu, Güncel Türkçe Sözlük, <https://sozluk.gov.tr/>, Erişim Tarihi: 06.10.2022.

rilmasına ilişkin kararlar TTK m. 421.6'nun uygulama alanı dışında kalacaktır. Ayrıca anılan gerekçede, mevcut imtiyazların kaldırılmasına veya daraltılmasına ilişkin kararların TTK m. 454'teki imtiyazlı pay sahipleri özel kurulunca (İPSÖK) onanmadıkça uygulanamayacağına da işaret edilmiştir<sup>14</sup>. Gerçekten de mevcut imtiyazları daraltan veya kaldıran kararlar esas sözleşme değişikliği niteliğinde olup bu değişikliklerin uygulanabilmesi için İPSÖK tarafından onanması (TTK m. 454) gerekecektir. Diğer taraftan İPSÖK'te olumsuz oy vermiş olmasına rağmen bu kararlara engel olamamış bağlı nama yazılı payların sahiplerine TTK m. 421.6'daki imkânın tanınması gerektiği ileri sürülebilir. Açık deyişle anılan pay sahiplerine en azından belli bir süre paylarını serbestçe devredip şirketten ayrılabilme olanağının sağlanması gerektiği düşünülebilir. Ancak bir kere -yukarıda belirtildiği gibi- hükmün lafzı ve TTK m. 421.3'ün gerekçesindeki ifadeler buna engel teşkil etmektedir. Hükmün amacından yola çıkıldığında da farklı bir sonuca varılamayacaktır. Şöyle ki TTK m. 421.3'ün gerekçesinde imtiyazlı pay oluşturulmasının yeni bir düzenin gelmesi anlamına geleceği ifade edilmektedir. Mevcut imtiyazların kaldırıldığı durumlarda ise anonim şirketin en baştaki, daha doğrusu kural olan düzenine geri dönülmesi, mevcut imtiyazların daraltıldığı hâllerde bu düzene yaklaşılması söz konusudur. Bu nedenle anılan durumlarda bu kararlara olumsuz oy veren pay sahiplerinin yeni düzenin getireceği olumsuz sonuçlardan korunmaya ilişkin bir menfaati gündeme gelmeyecektir. Mevcut imtiyazları genişleten kararlar ise değişikliğin kapsamına bağlı olarak mevcut düzeni değiştirip özellikle mali ve yönetsel açıdan yeni bir düzeni ortaya çıkarabilir. Örneğin, şirkette bir gruba tanınmış yönetim kuruluna üye seçiminde iki aday gösterme imtiyazının üç aday gösterme imtiyazı olarak genişletilmesi yönünde alınacak bir kararın<sup>15</sup> mevcut düzeni değiştirmeyeceğini söylemek güç-

<sup>14</sup> TTK m. 421.3'ün gerekçesindeki konuyla ilgili kısım şu şekildedir: *"(b) bendine, imtiyazların genişletilmesi dahil değildir. Çünkü sonradan imtiyazlı payın oluşturulması, yeni bir düzenin gelmesi demektir. Mevcut bir imtiyazın veya imtiyazların kaldırılması veya zayıflatılması 454'üncü maddeye tâbidir."*

<sup>15</sup> Aynı örnek için ve SerPK'nin 23. maddesinin birinci fıkrasının 7222 sayılı Kanun ile değiştirilmeden önceki hâlindeki (ç) bendiyle böyle bir durumda diğer pay sahiplerine paylarını satabilme yönünde yeni bir yatırım kararı alabilme imkânının tanınmasının amaçlandığı yönünde bkz. MANAVGAT, Çağlar, Hukuki Bakımdan Halka Açık Anonim Ortaklıklar ve Halka Arz, Ankara, 2016, s. 304.

tür. Bu nedenle mevcut imtiyazların genişletildiği hâlde bu karara olumsuz oy veren pay sahiplerinin yeni düzenin getireceği olumsuz sonuçlardan korunmaya ilişkin menfaatleri gündeme gelir. Ancak TTK m. 421.6'da bu durumdaki pay sahiplerini de kapsayacak şekilde bir geçici pay devir serbestisinin tanınmasının arzu edildiği söylenemez. Zira TTK m. 421.6'nın lafzı mevcut imtiyazları genişleten kararların hükmün kapsamına dâhil edilmesini mümkün kılmayacak kadar açıktır. Farklı bir deyişle hükmün sözü bu açıdan yorum yoluyla genişletilemeyecek kadar nettir.

Öte yandan, mevcut imtiyazların genişletildiği durumda bu karara olumsuz oy vermiş pay sahiplerinin yeni düzenin getireceği olumsuz sonuçlardan korunmaya ilişkin menfaatlerinin de himaye edilmesi isabetli olurdu. Bu nedenle *de lege ferenda* TTK m. 421.6'da sadece *imtiyaz oluşturulmasının değil mevcut imtiyazların genişletilmesi kararının* da hükmün kapsamına dâhil edilmesi yerinde olurdu. Nitekim halka açık anonim şirketler bakımından sermaye piyasası mevzuatında öngörülen düzenlemeler de bu düşünceyi destekler yöndedir. Söz konusu düzenlemeler çerçevesinde imtiyaz öngörülmesi ve mevcut imtiyazların genişletilmesinde aynı sonuçlar söz konusu olurken mevcut imtiyazların daraltılması veya kaldırılmasının sonuçları bunlarinkinden farklılaşmaktadır. Şöyle ki SerPK'nın 23. maddesinin birinci fıkrasının 7222 sayılı Kanun ile değiştirilmeden önceki hâlinde (ç bendinde), sadece imtiyaz öngörülmesi değil mevcut imtiyazların kapsam veya konusunun değiştirilmesi önemli nitelikteki işlemlerinden sayılmıştı. Yine takip eden 24. maddenin 7222 sayılı Kanun ile değiştirilmeden önceki hâlinin birinci fıkrasının birinci cümlesinde, 23. maddede sayılan önemli nitelikteki işlemlere ilişkin toplantıya katılıp olumsuz oy kullanarak muhalefetini tutanağa işleyen pay sahiplerine ayrılma hakkı tanınmıştı. Şirkete ise bu payları satın alma yükümlülüğü getirilmişti. Buna karşılık, -II-23.3 sayılı Tebliğ ile yürürlükten kaldırılan- II-23.1 sayılı *Önemli Nitelikteki İşlemlere İlişkin Ortak Esaslar ve Ayrılma Hakkı Tebliği* m. 11.1 ve m. 12.1.d hükümleri uyarınca bu işlemler bakımından pay alım teklifi zorunluluğu öngörülmüştü<sup>16</sup>. Diğer taraftan II-23.1 sayılı Tebliğ m. 12.1.c'de şirketlerin mevcut

<sup>16</sup> Şöyle ki, II-23.1 sayılı Tebliğ m. 11.1 uyarınca, önemli nitelikteki işlemlerden olan imtiyaz öngörülmesi yahut mevcut imtiyazların kapsam veya konusunun değişti-

paylarına tanınmış imtiyazlarının tüm pay sahipleri için bedelsiz olarak tamamen kaldırılmasının yahut (konu veya kapsam bakımından) daraltılmasının bu Tebliğ hükümleri çerçevesinde ayrılma hakkının doğmadığı önemli nitelikteki işlemlerden olduğu belirtilmişti. Mevcut imtiyazların daraltılması imtiyazlı pay sahipleri haricindeki pay sahipleri bakımından olumlu bir durum teşkil ederken, mevcut imtiyazların genişletilmesi bu pay sahiplerinin menfaatlerini ihlâl edecek bir hâldir. Dolayısıyla mevcut imtiyazların genişletilmesi durumunda anılan pay sahiplerine yatırım kararı verme hakkı tanınması gerekir. Bu düşünceye uygun şekilde imtiyazla ilgili önemli nitelikteki işlemin kapsamı yeni imtiyaz öngörülmesi veya mevcut imtiyazların genişletilmesi şeklinde sınırlandırılmaktaydı<sup>17</sup>. Yine mevcut imtiyazların daraltılması kararlarının TTK m. 454'teki İPSÖK tarafından onanmadıkça uygulanamayacağı (imtiyazlı pay sahipleri TTK m. 454 çerçevesinde zaten korunduğu) için imtiyazların daraltılması durumunda imtiyazlı pay sahiplerine yatırım kararı verme hakkı tanınmasına gerek olmadığı ifade edilmekteydi<sup>18</sup>. Sözün kısası, SerPK'nın 23. maddesinin birinci fıkrasının 7222 sayılı Kanun ile değiştirilmeden önceki hâli (ç bendi) ve II-23.1 sayılı Tebliğ'in m. 11.1 ile m. 12.1.c hükümleri çerçevesinde önemli nitelikteki işlemlerden kabul edilen imtiyaz öngörülmesi yahut mevcut imtiyazların (kapsam veya konu bakımından) genişletilmesi için bu işlemlerden yararlanacak olan-

---

rilmesi için bu işlemlerden yararlanacak olanlar tarafından pay alım teklifinde bulunulması zorunluydu. II-23.1 sayılı Tebliğ m. 12.1.d gereğince, önemli nitelikteki işlem sonucunda pay alım teklifi zorunluluğu getirilen işlemler için bu Tebliğ hükümleri çerçevesinde ayrılma hakkının doğmadığı kabul edilmekteydi. Bu dönemde, anılan Tebliğ hükümlerinin bahsi geçen Kanun hükümleriyle çeliştiği yönünde bkz. KAYA, Barış, Halka Açık Anonim Ortaklıklarda Pay Sahiplerinin Ortaklıktan Ayrılma Hakkı, İstanbul, 2018, s. 194-195. SerPK m. 24.1 ile m. 25.1'in birlikte yorumlanması neticesinde SerPK m. 24.1'deki şartlar çerçevesinde kural olarak ayrılma hakkının doğacağı, Sermaye Piyasası Kurulu (SPK) tarafından belirlenen önemli nitelikteki işlemlerde zorunlu pay alım teklifi yapılacağı yönünde bkz. MANAVGAT, s. 342.

<sup>17</sup> MANAVGAT, s. 304, 342; SEMERCİ VURALOĞLU, Tuğba, Sermaye Piyasası Kanunu'na Göre Anonim Ortaklıkta Ayrılma Hakkı, İstanbul, 2018, s. 311.

<sup>18</sup> MANAVGAT, s. 304; SEMERCİ VURALOĞLU, Ayrılma Hakkı, s. 311-312. Diğer taraftan, konu değişikliğinin esas itibarıyla yeni imtiyaz yaratılması kapsamında değerlendirilmesi gerektiği yönünde bkz. MANAVGAT, s. 304, 342.

lar tarafından pay alım teklifinde bulunulması zorunluydu<sup>19</sup>. Mevcut imtiyazların tüm pay sahipleri için bedelsiz olarak tamamen kaldırılması yahut (konu veya kapsam bakımından) daraltılması durumlarda ise ayrılma hakkının doğmayacağı kabul edilmişti. Keza 7222 sayılı Kanun ile değişiklik sonrası da SerPK m. 23.1, c. 1’de sadece imtiyaz öngörülmesi değil mevcut imtiyazların kapsam veya konusunun değiştirilmesi önemli nitelikteki işlemlerden sayılmıştır<sup>20</sup>. Takip eden m. 24.1, c. 1’de, m. 23’teki önemli nitelikteki işlemlere ilişkin toplantıya katılarak olumsuz oy kullanıp muhalefetini tutanağa geçirten pay sahiplerinin paylarını şirkete satarak ayrılma hakkına sahip olduğu düzenlenmiştir<sup>21</sup>. Bu durumda halka açık anonim şirket bu payları pay sahibinin istemi üzerine SPK tarafından tespit edilecek esaslar çerçevesinde adil bir bedel üzerinden satın almakla yükümlüdür (SerPK m. 24.1, c. 3)<sup>22</sup>. Diğer taraftan, II-23.3 sayılı Tebliğ m. 16.1.b’de mevcut imtiyazların bedelsiz olarak kaldırılmasının yahut konu veya kapsam bakımından daraltılmasının yine önemli nitelikteki işlemlerden olduğu kabul edilmektedir. Ancak anılan işlemlerde söz konusu Tebliğ hükümleri çerçevesinde ayrılma hakkının kullandırılması yükümlülüğünden muafiyet tanınabileceği

<sup>19</sup> Öte yandan bkz. II-23.1 sayılı Tebliğ’in m. 11.2. Bu hüküm, anılan durumlarda bazı şartlar gerçekleştiği takdirde SPK’ya pay alım teklifi zorunluluğu yerine ayrılma hakkının kullandırılması yönünde karar verme hususunda takdir hakkı tanımaktaydı (TÜRKYILMAZ, İsmail, Sermaye Piyasası Hukukunda Pay Alım Teklifi Zorunluluğu, İstanbul, 2015, s. 76). Gerek pay alım teklifi zorunluluğunda gerekse ayrılma hakkı kullandırma zorunluluğunda sözleşme yapma yükümlülüğünün söz konusu olması neticesinde pay sahibinin şirketten ayrılma imkânı doğar. İki durum arasındaki en temel fark, devredilmek istenen payları pay alım teklifi zorunluluğunda lehine imtiyaz oluşturulan yahut lehine imtiyazın konusu veya kapsamı değiştirilen (işlemden yararlanacak olan) kişi/ler, ayrılma hakkında ise şirket satın alır (YEŞİLTEPE, Salih Önder, Halka Açık Anonim Ortaklıklarda Çıkarma ve Satma Hakları, 2. Baskı, Ankara, 2015, s. 137; TÜRKYILMAZ, s. 76; TARHAN, Damla Gül, Halka Açık Anonim Ortaklıklarda Önemli Nitelikteki İşlemler ve Sonuçları, İstanbul, 2018, s. 306-307).

<sup>20</sup> Aynı yönde bkz. II-23.3 sayılı *Önemli Nitelikteki İşlemler ve Ayrılma Hakkı Tebliği* (II-23.3 sayılı Tebliğ) m. 4.1.ç.

<sup>21</sup> Aynı yönde bkz. II-23.3 sayılı Tebliğ m. 11.1.

<sup>22</sup> SerPK m. 24.1, c. 4’te ise, ayrılma talebine konu payların şirketçe satın alınmasından önce diğer pay sahiplerine veya yatırımcılara önerilmesi ile ilgili usul ve esaslarının SPK tarafından düzenlenebileceği hükme bağlanmıştır. Buna ilişkin olarak bkz. II-23.3 sayılı Tebliğ’in “*Ayrılma hakkına konu payların diğer pay sahiplerine veya yatırımcılara önerilmesi ve işleyiş süreci*” başlıklı 13. maddesi.



düzenlenmiştir<sup>23</sup>. Buna karşılık, imtiyaz oluşturulması yahut mevcut imtiyazların (konu veya kapsam bakımından) genişletilmesi kararlarında ayrılma hakkının kullanılmasında yükümlülüğünden muafiyet söz konusu olmayacaktır. Dolayısıyla bu durumlarda ayrılma hakkının kullanılmasında gerekecektir.

### **B. İşletme Konusunun Tamamen Değiştirilmesine İlişkin Genel Kurul Kararları**

TTK m. 421.6'da geçen işletme konusunun *tamamen* değiştirilmesi ile hangi durumların kastedildiği tespit edilmelidir.

TTK m. 421'in işletme konusunun tamamen değiştirilmesi kararı için ağırlaştırılmış nisap öngören üçüncü fıkrasının gerekçesindeki konuya ilişkin kısım şu şekildedir: *"İşletme konusunun "tamamen" değiştirilmesi ile bir konudan başka bir işletme konusuna geçilmesi veya bu sonucu doğuracak değişiklikler kastedilmiştir. Mesela mobilya üretiminden vazgeçilip turizm yapılmak istenmesi veya mobilyacılık muhafaza edilmekle birlikte kaleme alış şekline göre pasif konu kabul olunması gibi. İşletme konusunun daraltılması veya genişletilmesi, hatta önemli değişiklikler, bu hükmün kapsamı dışındadır. Mevcut işletme konusunun terk edilip ona çok yakın yeni bir konuya geçilmesine bu hükmün uygulanıp uygulanmayacağı mahkeme kararları ile doktrine bırakılmıştır."*

TTK m. 421.6'nın kaynağını oluşturan ve bu konuda anılan hükümden ayrılan İsvBK m. 704.3'te ise *işletme konusunun tamamen değiştirilmesi* değil, tamamen ibaresine yer verilmeksizin *amacın değiştirilmesi* ifadesi kullanılmıştır.

Öğretide hükmün ancak işletme konusunda köklü bir değişikliğin öngörüldüğü (önceki işletme konusunun terk edilmesiyle sonuçlanacak) durumlarda uygulanacağı ileri sürülmektedir. Mevcut işletme konusu sürdürülmekle birlikte ek faaliyetlere başlanmasının veya işletme konusunun daraltılmasının hükmün kapsamında olmadığı kabul edilmektedir. Bu sonuca TTK m. 421.6'nın bu hususta mehzadan farklı olmasından ve gerekçedeki ifadelerden yola çıkılarak varılmaktadır<sup>24</sup>.

<sup>23</sup> Bu hususta ayrıca bkz. II-23.3 sayılı Tebliğ m. 16.2.

<sup>24</sup> UZEL, s. 146 ve s. 146 dñn. 120.

Hatırlatmakta fayda vardır ki SerPK m. 23.1'in 7222 sayılı Kanun ile değiştirilmesinden önceki hâlinde (c bendinde) işletme konusunun<sup>25</sup> *tamamen* değiştirilmesi yanında işletme konusunun *önemli ölçüde* değiştirilmesi de önemli nitelikteki işlemlerinden sayılmıştı. Oysaki TTK m. 421.6'nın metninde işletme konusunun sadece tamamen değiştirilmesine yer verilmektedir. O hâlde işletme konusunun önemli ölçüde değiştirilmesinin TTK m. 421.6'nın uygulanmasını gerektirecek bir hâl teşkil etmeyeceği söylenebilir. Nitekim yukarıda da belirtildiği üzere -halka açık olmayan anonim şirketler bakımından (bkz. SerPK m. 29.3 ve 6)- işletme konusunun tamamen değiştirilmesi kararını ağırlaştırılmış nisaba tabi kılan TTK m. 421.3'ün gerekçesindeki ifadeler de bu yöndedir.

Diğer taraftan, aşağıda ele alındığı gibi TTK m. 421.6 hükmü sadece borsaya kote edilmemiş nama yazılı payların sahipleri bakımından değil, borsaya kote edilmiş nama yazılı payların sahipleri için de geçerlidir<sup>26</sup>. Zira bu konuda herhangi bir ayırım yapılmamıştır. Borsaya kote edilmiş nama yazılı paylar bakımından farklı bir sonuca varılmasını gerektiren bir durum mevcut değildir<sup>27</sup>. Dolayısıyla gerek halka açık olmayan gerekse halka açık anonim şirketlerde<sup>28</sup> TTK m. 421.6'da yer alan kararlara olumsuz oy vermiş nama yazılı payların sahipleri altı aylık bir süre boyunca pay devri sınırlamalarıyla bağlı değildir. Yine halka açık anonim şirketler açısından SerPK m. 23.1'in 7222 sayılı Kanunla

<sup>25</sup> SerPK m. 23.1'in 7222 sayılı Kanunla değiştirilmesinden önceki hâlindeki c bendinde kullanılan "*faaliyet konusu*" ifadesinin "*işletme konusu*" olarak anlaşılması gerektiği yönünde bkz. MANAVGAT, s. 302.

<sup>26</sup> UZEL, s. 148.

<sup>27</sup> UZEL, s. 148.

<sup>28</sup> Bu noktada hemen eklemek gerekir ki SerPK m. 137.3, c. 1'deki "*Halka açık ortaklıkların borsada gerçekleştirilen işlemler neticesinde satın alınan paylarının pay defterine kaydedilmesinden imtina edilemez.*" hükmünün borsadan iradi olarak iktisap edilen nama yazılı paylar için bağlam imkânını ortadan kaldırdığı, açık bir deyişle borsa içi iktisaplarda TTK m. 495'i devre dışı bıraktığı ve TTK m. 495 vd.'daki devir sınırlamalarının en azından hukuki işlem yoluyla borsa dışı edinimlerde uygulanabileceği ileri sürülmektedir (BOZKURT, s. 296 vd., 308-309). Ancak bizim katıldığımız görüşe göre bu hükümde bağlı nama yazılı payı borsa içinde iktisap edenin şirkete tanınma istemiyle başvurusu sonrası şirketin bu kişiyi oydan yoksun pay sahibi sıfatıyla pay defterine kaydetme zorunluluğu ifade edilmektedir (UZEL, s. 75). *Uzel*, haklı olarak bu hususun SerPK m. 137.3, c. 1'de yerinde olmayan biçimde ifade edildiğine de dikkat çekmektedir (s. 75). SerPK m. 137.3 ile ilgili değerlendirmeler için ayrıca bkz. AKIN, s. 127 dñn. 435, 133 vd.

değiştirilmesinden önceki hâli (c bendi) uyarınca işletme konusunun önemli ölçüde değiştirilmesi de önemli nitelikteki işlemlerden kabul edilmekteydi. SerPK m. 24 gereğince işletme konusunun önemli ölçüde değiştirilmesine ilişkin kararlara muhalif pay sahiplerinin ayrılma hakkı ve şirketin bu payları satın alma yükümlülüğü vardı. Hâl böyleyken, bu durumun bir çelişki teşkil ettiği ileri sürülebilirdi. Şöyle ki halka açık anonim şirketler açısından pay devri sınırlamasının geçici olarak etkisiz hâle gelmesi bakımından işletme konusunun tamamen değiştirilmesiyle önemli ölçüde değiştirilmesi arasında ayırım söz konusuyken SerPK'da her iki karar da önemli nitelikte kabul edilmekteydi<sup>29</sup>. Açık deyişle halka açık şirketlerde işletme konusunun tamamen değiştirildiği durumlarda geçici devir serbestisi söz konusu olacak ancak önemli ölçüde değiştirildiği hâllerde devir sınırlamaları geçerliliğini koruyacaktır. SerPK gereğince ise her iki durumda da bu kararlara muhalif pay sahiplerinin ayrılma hakkı ve şirketin de bu payları satın alma yükümlülüğü vardı<sup>30</sup>.

<sup>29</sup> SerPK m. 23.1'in 7222 sayılı Kanunla değiştirilmesinden önceki hâlinde (c) bendinde ve -II-23.3 sayılı Tebliğ ile yürürlükten kaldırılan- II-23.1 sayılı Tebliğ'in 5. maddesinin (c) bendinde işletme konusunun tümüyle veya önemli ölçüde değiştirilmesi önemli nitelikte işlemler arasında sayılmıştı. Ancak II-23.1 sayılı Tebliğ'in 5. maddesi gereğince işletme konusunun (tümüyle veya önemli ölçüde) değiştirilmesi 6. maddedeki önemlilik kriterini sağlaması koşuluyla önemli nitelikte işlem olarak kabul edilmişti. II-23.1 sayılı Tebliğ'in m. 6.4 hükmü uyarınca, işletme konusunun tamamen veya önemli ölçüde değiştirilmesi çerçevesinde önemlilik kriteri, şirketin esas sözleşmesinde öngörülen fiili ana faaliyet konusunun yan faaliyet hâline gelmesine yol açacak esas sözleşme değişiklikleri veya şirketin fiili ana faaliyet konusunu oluşturan mal ve hizmet üretiminin işleyiş sürecini değiştirecek nitelikteki, mesela üretim faaliyetinin tamamen terkedilerek üretim konusu malın dışarıdan tedarik edilmesi gibi karar ve işlemlerdi. Esas sözleşme değişiklikleri ile sınırlı bir değerlendirme yapıldığında, şirketin esas sözleşmesinde öngörülen fiili ana faaliyet konusunun yan faaliyet hâline gelmesine yol açacak esas sözleşme değişiklikleri önemli nitelikte işlem kabul edilmişti. Dolayısıyla bu kararlara muhalif pay sahiplerinin ayrılma hakkı ve şirketin bu payları satın alma yükümlülüğü söz konusuydu.

<sup>30</sup> Şirketin esas sözleşmesinde öngörülen fiili ana faaliyet konusunun yan faaliyet hâline gelmesine yol açacak esas sözleşme değişiklikleri durumunda esasen işletme konusunun tamamen terk edilmesi söz konusu değildi. Esas sözleşmenin işletme konusunu düzenleyen hükmünde yapılan değişiklik ana-yan faaliyet ayrımı hususunda bir belirlemenin yapılmasına imkân vermemekte, yeni bir işletme konusu dâhil edilmesine veya mevcut işletme konularından birinin genişletilmesine yönelik esas sözleşme değişikliğinin ardından değişiklikten önceki ana işletme konusunun göreceli önemini yitirmesi gerekliydi. Dolayısıyla esas sözleşme değişikliğinden sonra fiili ana işletme konusunun değişmemesi önemli olmayacak, esas sözleşmede

Ancak hâlihazırda (SerPK m. 23.1'in 7222 sayılı Kanununun ile değiştirilmiş hâlinde) işletme konusunun tümüyle veya önemli ölçüde değiştirilmesi önemli nitelikte işlemler arasında sayılmamıştır<sup>31</sup>. II-23.3 sayılı Tebliğ m. 4.1.c'de aynı Tebliğin altıncı maddesinde belirlenen önemlilik ölçütlerini sağlayan *malvarlığının devri veya bu malvarlığının devri sonucunu doğuran işlemler tesis edilmesi yahut bu malvarlığı üzerinde üçüncü kişiler lehine sınırlı aynı hak kurulmasının* önemli nitelikte işlemlerden olduğu belirtilmiştir. II-23.3 sayılı Tebliğ m. 6.6, c. 2'den<sup>32</sup> yola çıkılarak denilebilir ki *fiili işletme konusunun tamamen değiştirilmesi*, bu hükümde anılan şirketlerin *malvarlığını devretmesi veya bu malvarlığının devri sonucunu doğuran işlemler tesis etmesi yahut bu malvarlığı üzerinde üçüncü kişiler lehine sınırlı aynı hak tesis etmesinden birinin sonucunda ortaya çıkması* şartıyla önemli nitelikte işlem olarak değerlendirilebilir<sup>33</sup>. İşletme konusunun önemli ölçüde değiştirilmesinin ise önemli nitelikte işlem olarak değerlendirilebilmesi mümkün değildir<sup>34</sup>. Dolayısıyla artık bir çelişkinin mevcut olduğunu söylemek güç görünmektedir.

Sonuç olarak işletme konusunun genişletilmesinin veya daraltılmasının, hatta işletme konusunun önemli ölçüde değiştirilmesinin bile

---

değiştirilen işletme konusu içinde değişiklikten önceki fiili ana işletme konusunun ağırlığı ve konumu dikkate alınacaktı (MANAVGAT, s. 303). TTK m. 421.3'ün gerekçesinde ise işletme konusunun muhafaza edilmekle birlikte kaleme alış şekline göre pasif konu kabul olunması işletme konusunun tamamen değiştirilmesi kapsamında kabul edilmiştir. Hâl böyle olunca pasif konu kabul edilmesinin yan faaliyet hâline getirilmesinden daha öte bir durum olması karşısında halka açık anonim şirketler bakımından çelişkili bir durumun söz konusu olduğu ileri sürülebilirdi.

<sup>31</sup> Ayrıca bkz. SerPK m. 23.1, c. 2 ve II-23.3 sayılı Tebliğ m. 4.1.

<sup>32</sup> II-23.3 sayılı Tebliğ m. 6.6, c. 2 gereğince önemli nitelikteki işleme ilişkin yönetim kurulu kararının kamuya açıklandığı tarih itibarıyla Kurumsal Yönetim Tebliği (II-17.1) uyarınca Birinci ve İkinci Grupta yer alan ortaklıklar, gayrimenkul yatırım ortaklıkları ve girişim sermayesi yatırım ortaklıkları dışındaki payları borsada işlem gören şirketlerden fiili dolaşımdaki pay oranı yüzde ellinin üstünde olanların *malvarlığını devretmesi veya bu malvarlığının devri sonucunu doğuran işlemler tesis etmesi yahut bu malvarlığı üzerinde üçüncü kişiler lehine sınırlı aynı hak tesis etmesi*, fiili faaliyet konusunun tamamıyla değişmesine yol açıyorsa orana bağlı olmaksızın önemli nitelikte işlem kabul edilir.

<sup>33</sup> SEMERCİ VURALOĞLU, Tuğba, "Halka Açık Ortaklıkların Önemli Nitelikteki İşlemleri ve Ayrılma Hakkına İlişkin Yeni Düzenlemelerin Değerlendirilmesi", Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 16, Sayı: 197-198, Ocak-Şubat 2021, s. 290.

<sup>34</sup> SEMERCİ VURALOĞLU, Yeni Düzenlemeler, s. 290.

TTK m. 421.6'nun kapsamında olduğunu söylemek mümkün değildir. Yukarıda da değinildiği gibi TTK m. 421.6'nun lafzı ve TTK m. 421.3'ün gerekçesindeki ifadeler bu sonuca varılmasını gerektirir. Buna karşılık işletme konusunun genişletilerek ek faaliyetlere başlanması veya işletme konusunun daraltılması işletme konusunun tamamen değiştirilmesinden bile daha fazla riskin üstlenilmesine yol açabilir. Örneğin işletme konusu karayolu ile yolcu taşımacılık olan bir şirketin bu konuyu muhafaza ederek havayoluyla yolcu taşımayı da konusuna dâhil etmesi durumunda üstlenilecek ekonomik riskin yüksek olacağı aşikardır. Bu nedenle *de lege ferenda* hükmün uygulanmasını gerektiren kararların bu durumları da kapsayacak şekilde belirlenmesi gerekirdi. Bir kere, TTK m. 421.6'da amaç yerine işletme konusu ibaresine yer verilmesi yerindedir. Zira amaç kâr elde etmek (ve paylaşmak), konu ise bu yolda icra edilecek faaliyetlerdir<sup>35</sup>. Ancak İsvBK m. 704.3'te *tamamen* ibaresiyle sınırlandırılmaksızın<sup>36</sup> her türlü değiştirmenin esas alınmasının ve bu şekilde hükmün uygulama alanının geniş belirlenmesinin daha isabetli bir tercih olduğu söylenebilir.

Bu hususta bir de TTK m. 421.3'ün gerekçesinde çözümü mahkeme kararları ve öğretiyeye bırakılmış bir meseleyi ele almak gerekir: Mevcut işletme konusunun terk edilip ona çok yakın yeni bir konuya geçilmesi kararı işletme konusunun tamamen değiştirilmesi olarak kabul edilebilecek midir? Öğretide yeni bir ekonomik riskin üstlenilmesinin söz konusu olacağı gerekçesiyle, önceki işletme konusunun terkedilmesiyle sonuçlanacak bu karar hükmün kapsamında kabul edilmektedir<sup>37</sup>. Kanaatimizce de bu hâlde bağlam geçici olarak etkisiz hale gelmelidir. Neticede çok yakın bir işletme konusuna geçilmiş olsa da böyle bir kararlar mevcut işletme konusu terkedilmiş, neticede konu tamamen değiştirilmiş olmaktadır. Diğer taraftan gerçekten hükmün amacı da bu sonucu desteklemektedir. Şöyle ki bu durumda da kararın alınmasına engel olamayan bağlı nama yazılı payların sahiplerine şartları değişmiş şirket-

<sup>35</sup> Bkz. TTK m. 529.1.b'nin gerekçesi.

<sup>36</sup> TTK m. 421.3.a'da bulunan işletme konusunun değiştirilmesindeki "*tamamen*" kaydının uygulamada sorun yaratacağının kuşkusuz olduğu yönünde bkz. KENDİĞELEN, İlk Tespitler, s. 320.

<sup>37</sup> UZEL, s. 146.

ten kurtulma olanağı tanımak gerekir. Diğer taraftan, yukarıda da öne rildiği gibi eğer tamamen ibaresi madde metninden çıkarılırsa bu konu- daki tereddüt de ortadan kalkmış olur.

Türk öğretisinde bir görüş -İsviçre hukukuna da atıfla- bir adım daha ileri gitmektedir. Buna göre, şirketin feshine ilişkin genel kurul kararının (TTK m. 529.1.d) (İsvBK m. 736.1.2) kaldırılması yolunda yeni bir karar alınması durumunda TTK m. 421.6 (İsvBK m. 704.3) uygulama alanı bulur. Zira bu hâlde şirketin yeniden eski işletme konusunu sür- dürme iradesi varlık kazanır. Yazar bu sonuca ayrıca TTK m. 421.6'nın şirketten çıkma hakkı olmayan pay sahiplerinin her türlü ekonomik risk- ten kaçınabilmesine olanak tanımak amacıyla öngörülmesinden yola çıkarak varmaktadır<sup>38</sup>. Anlaşılabildiği kadarıyla, bu görüşü savunan yazarca Türk hukuku bakımından burada kastedilen ve hükmün kap- samına dâhil edilen karar tasfiyeden dönme kararıdır. TTK m. 548.1, c. 1 uyarınca şirket sürenin dolmasıyla veya genel kurul kararıyla sona er- mişse pay sahipleri arasında şirket malvarlığının dağıtımına başlanılmış olmaması şartıyla genel kurulda şirketin devamı kararı alınabilir. Yuka- rıda kastedilen ve hükmün kapsamına dâhil edilen karar ise şirketin genel kurul kararıyla sona erdirilmesinden (TTK m. 529.1.d) sonra alı- nan tasfiyeden dönme kararı olsa gerektir<sup>39</sup>.

Diğer taraftan, tasfiyeye girilmesiyle etkisizleşen bağlamın tasfi- yeden dönülmesi hâlinde yeniden uygulanabilir duruma geleceğini be- lirten yazarlar da bulunmaktadır<sup>40</sup>.

Sona erme sebebinin gerçekleşmesi neticesinde şirket kural olarak tasfiyeye girer, tasfiye bitine kadar da şirketin tüzel kişiliği devam eder ve organlarının yetkileri tasfiye amacıyla sınırlı hâle gelir (TTK m. 533). Şirketin tasfiye hâline girmesiyle kâr elde etme ve paylaşırma amacının yerine tasfiye amacı geçmektedir<sup>41</sup>. Tasfiyeden dönme kararıyla ise TTK

<sup>38</sup> UZEL, s. 147.

<sup>39</sup> Bu hususta bkz. TEKİNALP, Ünal (POROY, Reha/ÇAMOĞLU, Ersin), Ortaklıklar Hukuku II, 14. Baskı, İstanbul, 2019, s. 344-345.

<sup>40</sup> YÜKSEL, Sinan H., "Borsaya Kote Edilmemiş Bağlı Nama Yazılı Payların Devrinde Şirketin Alım Önerisinde Bulunarak Onay İstemini Reddetme Hakkı (Kaçış Klo- zu)", Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2013/2, s. 175-176; AKIN, s. 249.

<sup>41</sup> TEKİNALP (POROY/ÇAMOĞLU), Ortaklıklar II, s. 360.

m. 548'in gerekçesinde de belirtildiği gibi tasfiye amacından tekrar kâr elde etme amacına dönülmektedir. Şirketin tasfiyeye girmesiyle işletme konusunun değişmesinin söz konusu olmadığı, buna bağlı olarak da tasfiyeden dönme kararının *işletme konusunun tamamen değiştirilmesi* yolunda bir karar olarak değerlendirilemeyeceği ileri sürülebilir. Buna bağlı olarak birinci görüşün İsviçre hukukunda savunulabilmesinin daha kolay olduğu da düşünülebilir. Zira mehaz İsvBK m. 704.3'te, -TTK m. 421.6'dan farklı olarak- *işletme konusunun tamamen değiştirilmesi* değil de *amacın değiştirilmesi* (*Zweckänderung*) ifadesi kullanılmıştır. Şöyle ki şirket tasfiye hâline girince kâr elde etme amacı tasfiye amacıyla, tasfiyeden döndüğünde ise bu kez tasfiye amacı kâr elde etme amacıyla yer değiştirmektedir. Bu nedenle tasfiyeden dönme kararının İsvBK m. 704.3'te bahsi geçen *amacın değiştirilmesi* kapsamında kabul edilerek hükmün uygulama alanına dâhil olduğu söylenebilir. Yine, şirketin genel kurul kararıyla feshine karar verilmesinden sonra alınan tasfiyeden dönme kararının TTK m. 421.6'nın kapsamında olduğu kabul edildiğinde başka bir sorun daha gündeme gelebilir. Şöyle ki tasfiyeden dönme kararı alınabilen diğer durum olan<sup>42</sup> *şirketin süresinin dolması ve işlerine fiilen devam etmemesi neticesinde sona ermesinden sonra alınan tasfiyeden*

<sup>42</sup> TTK m. 548.1'in gerekçesi uyarınca, "Tasfiyeden dönme, şirketin sadece süresinin dolmasıyla veya genel kurul kararıyla sona ermesi halinde söz konusu olabilir. Diğer sona erme hallerinin gerçekleşmesi nedeniyle şirketin sona ermiş olması halinde tasfiyeden dönme kararı alınarak şirkete hayatıyet kazandırılmaz." Gerekçeye paralel şekilde TTK m. 548.1, c. 1'de belirtilen sona erme hâllerinin sınırlı sayı ilkesine tabi olduğu, diğer bir deyişle tasfiyeden dönmenin -özel olarak düzenlenen iflas hâli hariç olmak üzere- TTK m. 548.1, c. 1'de belirtilen iki sona erme hâline özgü olduğu yönünde bkz. KENDİGELEN, İlk Tespitler, s. 450; BİLGE, Mehmet Emin, "Anonim Şirketin Sona Ermesi ve Tasfiyesi", EÜHFD, C. XVI, S. 3-4 (2012), s. 291-292; KERVANKIRAN, Emrullah, Anonim Şirketlerin Tasfiyesi, Ankara, 2015, s. 311; AL KILIÇ, Şengül, Anonim Şirketlerde Tasfiyeden Dönme, Ankara, 2017, s. 338 vd. *Pulaşlı* ise, TTK m. 548.1, c. 1 çerçevesinde tasfiyeden açık dönmenin ancak iki durumda mümkün olduğunu belirtmekle birlikte (PULAŞLI, Hasan, Şirketler Hukuku Şerhi Cilt: 4, 4. Baskı, Ankara, 2022, s. 2778), esas sözleşmede düzenlenmiş bir sebeple şirketin sona ermesi durumunda TTK m. 529.1.d'nin kıyasen uygulanması suretiyle TTK m. 421.3 ve 4'te belirlenen nisaplarla sona ermeden kurtulmasının mümkün olması gerektiği düşüncesindedir (PULAŞLI, Şerh C. 4, s. 2648). Öte yandan, TTK m. 548'de belirtilmemiş olsa da tasfiye hâlindeki şirketin bir başka şirketle birleşme kararı alması durumunda da devrolunan şirket olarak tasfiye sürecine son verilmesi ve devralan şirket bünyesinde faaliyetlerini sürdürme olanağına sahip olunacağı yönünde bkz. KARAMAN COŞGUN, Özlem, Anonim Şirketin Tasfiyesi, Ankara, 2015, s. 291.

dönme kararına<sup>43</sup> olumsuz oy veren pay sahipleri bakımından bağlamın geçici olarak etkisiz hâle gelip gelmeyeceği sorunu ortaya çıkar. Hatta, aynı gerekçelerle sadece genel kurul kararıyla sona erme hâlinde değil, bu şekilde sona erme durumunda da alınan tasfiyeden dönme kararının TTK m. 421.6 hükmünün uygulanmasını gerektireceğinin kabul edilmesi gerekebilir. TTK m. 421.6'nın gerekçesindeki hükmün kapsamına giren hâllerin burada yer alanlardan ibaret olduğu yönündeki sınırlayıcı ifadenin de bu şekilde bir genişletici yorum yapılmasına engel olacağı düşünülebilir. Aksinin kabulünün madde hükmünde sınırlı sayıda ifade edilen hükmün uygulanmasını gerektiren durumları genişletmiş olacağı ileri sürülebilir.

Ancak şirket tasfiye hâline girince artık tasfiye işleri yapılabilir, işletme konusunun elde edilmesi için faaliyetlerde bulunulamaz, yeni işlere girilemez. Bu nedenle, şirketin sona erip tasfiyeye girmesiyle, işletme konusunun elde edilmesi faaliyetlerinin yerine tasfiyenin geçmesiyle yine bir amaç değişikliği olur<sup>44</sup>. Şöyle ki şirket tasfiyeye girince esasen işletme konusunun takip edilerek kâr elde etme amacının yerine tasfiye amacı geçmektedir. Tasfiyeden dönme ile birlikte ise işletme konusunun devam ettirilebilmesinin mümkün hâle gelmesi nedeniyle tekrar bir amaç değişikliği meydana gelmektedir. Diğer bir deyişle işletme konusunun takip edilerek kâr elde etme amacı canlanmaktadır. Bu nedenle tasfiyeden dönme kararına olumsuz oy kullanan nama yazılı pay sahiplerinin altı ay boyunca devir sınırlamalarına tabi olmaksızın payını devrederek şirketten ayrılabilceğini kabul etmek gerekir. Zira genel kurulda şirketin sona erdirilmesi yönünde oy kullanıp tasfiye amacına geçilmesini isteyen, sonra tasfiye amacının terk edilip tekrar işletme konusunun takip edilerek kâr elde etme amacına dönülmesine ilişkin karara olumsuz oy kullanan pay sahiplerine bu imkânı tanımak gerekir. Hatta *süresinin dolması ve işlerine fiilen devam etmemek suretiyle sona ermesi*

<sup>43</sup> TTK m. 548.1, c. 1'de şirketin süresinin dolmasıyla sona ermesinden bahsedilmiş olsa da TTK m. 529.1.a'da şirketin süresinin dolmasına rağmen işlere fiilen devam etmek suretiyle belirsiz süreli hâle geleceğinin benimsenmiş olması karşısında TTK m. 548'in sadece şirketin süresinin dolmasıyla birlikte sona erdiğinin yönetim kurulunca ticaret siciline tescil edilmesi (TTK m. 532) ihtimâlinde uygulama alanı bulabileceği yönünde bkz. KENDİGELEN, İlk Tespitler, s. 450.

<sup>44</sup> TEKİNALP (POROY/ÇAMOĞLU), Ortaklıklar II, s. 360.



sonrasında tasfiyeye giren şirketin tasfiyeden dönme kararı açısından da farklı bir sonuca varılamayacağı düşüncesindeyiz. Zira benzer mülahazalar bu durumda da geçerlidir. Sonuç olarak, anılan sebeplerle amaçsal yorum yapılarak hükmün lafzının geniş yorumu tabii tutulabileceği düşüncesindeyiz. Bu yorum neticesinde kural olan duruma, dolayısıyla payların serbestçe devredilebilmesi durumuna dönüş söz konusu olduğu için de istisnaların dar yorumlanması kuralının anılan yorum tarzına engel teşkil etmeyeceği<sup>45</sup> kanaatindeyiz.

O hâlde, *genel kurulda fesih kararı alınması veya sürenin dolması ve işlere fiilen devam etmemesi* neticesinde şirketin sona erip tasfiye hâline girdiği andan itibaren devredilebilirliğe ilişkin sınırlamalar düşecektir. Açık deyişle, bağlam etkisiz hâle gelecektir (bkz. TTK m. 492.3). Tasfiyeden dönme kararının alınması ile ise bağlam sadece bu karara olumsuz oy kullanan nama yazılı payların sahipleri bakımından ve geçici olarak (altı ay süresince) etkisiz olacaktır.

## II. TTK M. 421.6'DAKİ İMKÂNDAN FAYDALANABİLMELERİ İÇİN NAMA YAZILI PAYLARIN SAHİPLERİNİN OLUMSUZ OY KULLANMIŞ OLMALARI ŞARTI

TTK m. 421.6 çerçevesinde, ilgili kararlara olumsuz oy kullanmış olan nama yazılı payların sahipleri hükümde öngörülen imkândan faydalanabilecektir<sup>46</sup>. Öte yandan nama yazılı payların sahiplerinin bu olaktan yararlanabilmeleri için mutlaka toplantıya katılıp söz konusu kararlara olumsuz oy vermiş olmalarının şart olup olmadığı, açık deyişle bu kararlara olumlu oy vermemelerinin yeterli olup olmayacağı hususunda tereddüt duyulabilir. TTK m. 421.6'da "*olumsuz oy vermiş*" ifadesinin kullanılmış olması<sup>47</sup> nedeniyle, olumlu oy vermemelerinin yeterli

<sup>45</sup> Bu hususta ayrıca bkz. ve karşı. BGE 109 II 130 (ALTAY, S. Anlam, "Türk ve İsviçre Anonim Ortaklıklar Hukuku'nda Esas Sözleşmesel Bağlam", İsviçre Borçlar Kanunu'nun İktibasının 80. Yılında İsviçre Borçlar Hukuku'nun Türk Ticaret Hukuku'na Etkileri, İstanbul, 2009, s. 626-627).

<sup>46</sup> TEKİNALP, Bağlam, s. 37; KENDİGELEN, İlk Tespitler, 321; YÜKSEL, s. 176; UZEL, s. 145; SEVİ, Ali Murat, Anonim Ortaklıkta Payın Devri, 3. Baskı, Ankara, 2014, s. 292. Bkz. TTK m. 421.6'nun gerekçesi.

<sup>47</sup> Buna karşılık, daha önce de belirtildiği gibi İsvBK m. 704.3 hükmünde isabetli şekilde *olumlu oy vermemiş* olunmasından bahsedilmektedir.

olmayacağı sonucuna varılabilir<sup>48</sup>. Buna bağlı olarak, toplantıya katılarak olumlu oy kullananlar gibi toplantıya katılıp çekimser kalanların veya toplantıya katılmamış olanların pay devri sınırlamalarıyla bağlı kalacakları söylenebilir<sup>49</sup>.

Öte yandan *toplantıya katılmasına haksız bir şekilde izin verilmemesi veya genel kurul toplantısına çağrının usulüne göre yapılmaması yahut gündemin gereği gibi ilân edilmemesi* nedeniyle toplantıya katılmamış, ancak toplantıya katılabilseydi olumsuz oy kullanacak olan pay sahiplerinin TTK m. 421.6'daki olanaktan faydalanamamaları adil görünmemektedir. Keza *oy kullanmasına haksız bir şekilde izin verilmemesi* sebebiyle oy kullanamamış, ancak kullanabilseydi olumsuz oy kullanacak olan pay sahipleri için de aynı düşünce geçerlidir. Zira anılan durumlarda söz konusu pay sahiplerinin toplantıya katılmamaları veya oy kullanamamaları ve buna bağlı olarak olumsuz oy verememiş olmaları kendilerinden kaynaklanmamaktadır.

Gerçi yukarda bahsi geçen hâllerde söz konusu pay sahiplerinin TTK m. 446.1.b gereğince toplantıya katılma veya olumsuz oy kullanma şartlarına bağlı olmaksızın iptal davası açabilme imkânı bulunmaktadır. Ancak TTK m. 446.1.b uyarınca, anılan durumlarda *bu aykırılıkların kararının alınmasında etkili olduğunu ileri süren* pay sahipleri, toplantıya katılma veya olumsuz oy kullanma şartlarına bağlı olmaksızın iptal davası açabilecektir.

<sup>48</sup> SEVİ, s. 292; UZEL, s. 145, dpn. 116.

<sup>49</sup> SEVİ, s. 292; UZEL, s. 145. Buna karşılık, TTK m. 192.1 gereğince birleşmeye veya bölünmeye yahut tür değiştirmeye katılan şirketlerin ortaklarının TTK'nin 134 ilâ 190. maddelerinin ihlali durumunda iptal davası açabilmeleri için, birleşme veya bölünme yahut tür değiştirme kararına *olumlu oy vermemiş ve bunu tutanağa geçirmiş bulunmaları* şarttır. Bu hükümde olumsuz oy verme şartı aranmadığına göre bir ke-re bu davayı çekimser kalan ve bunu tutanağa geçirten ortaklar açabilecektir. Toplantıya katılmamış ortakların bu davayı açabilmesinin mümkün olup olmayacağı hususunda, farklı bir deyişle TTK m. 446.1.b'de öngörülen toplantıya katılma veya (olumsuz) oy kullanma şartına bağlı olmaksızın iptal davası açabilme imkânının TTK m. 192.1'de öngörülen iptal davası bakımından uygulanıp uygulanamayacağı hususunda öğretilde ileri sürülen görüşler için bkz. NARBAY, Şafak/KESİCİ, Buğra, "Ticaret Ortaklıklarında Yapısal Değişiklik Kararına Karşı Öngörülen İptal Davası Üzerine "Karşılaştırmalı Bir İnceleme"", TFM 2015/1, s. 118-119.

TTK m. 446.1.b'de geçen “ve yukarıda sayılan aykırılıkların genel kurul kararının alınmasında etkili olduğunu ileri süren pay sahipleri” ifadesi nedeniyle bahsi geçen hâllerde pay sahibinin iptal davası açma olanağına ilişkin öğretilerde farklı görüşler ileri sürülmektedir. *Tekinalp*, TTK m. 446.1.b'de sayılan hâllerde açılacak iptal davasında kararın iptali için dayanılan sebebinin genel kurul kararının alınmasında etkili olması gerektiği düşüncesindedir. Buna göre, örneğin 10.000 payın katıldığı bir genel kurulda karar 7000 payın olumlu oyu ile alınmış ve 50 oyu olan bir pay sahibi toplantı çağrısının usulsüz olduğu iddiasında ise -iddia doğru olsa bile- dava reddedilir. Zira 50 oy karara karşı olsaydı dahi karar yine de alınabilirdi<sup>50</sup>. Yazara göre *etki kuralı* sadece çağrı usulsüzlükleri ile sınırlı bir şekilde uygulanabilir. Hukuka aykırılığın kanun, esas sözleşme veya dürüstlük kuralını ihlalden, pay sahipliği hakkının gereğinin yerine getirilmemesinden, vazgeçilmez veya müktesep bir hakkın bertaraf edilmesinden, anonim şirketin temel niteliklerine aykırılıktan kaynaklandığı hâllerde *etki kuralı* uygulanamaz<sup>51</sup>. *Kendigelen*, TTK m. 446.1.b'de sayılan durumlarda karar ile hukuka aykırılık arasındaki *illiyet bağı* ispat yükünün davacı pay sahibinde olduğunu belirtmektedir. Yazara göre *illiyet bağı* ispat yükümlülüğünün pay sahiplerinden bazılarının genel kurul toplantılarından tamamen dışlanmasına, dolayısıyla temel pay sahipliği haklarının ihlâli gibi olumsuz sonuçlara yol açabileceğini söylemek abartılı olmaz<sup>52</sup>. *Moroğlu*'na göre de *illiyet bağı* ispat yükü kural olarak davacı pay sahiplerindedir, davalı şirketin söz konusu aykırılıkların kararın alınmasına etki etmediğini ispat ederek iptal davasının reddini sağlayabilme imkânı vardır<sup>53</sup>. Yazar TTK m.

<sup>50</sup> TEKİNALP, Ünal, Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku, İstanbul, 2020, s. 398-399.

<sup>51</sup> TEKİNALP, Sermaye, s. 399-400. *İllyet bağı* araştırmasının *etki kuralı* kapsamında olup olmadığı hususunda ise *Tekinalp*, *illiyet bağı* araştırmasının genel kurulun toplantıya çağrılmasından icrasına kadar Kanunda öngörülen düzen hükümlerinin dikkate alınmaması ve ihlallerin hoş görülmesine yol açtığına dikkat çekmektedir. Yazara göre bu durum iptal davasının öngörülme amacıyla bağdaşmaz. Yazar, *illiyet bağı* araştırmasının *etki kuralı* kontrol edilemez boyutlara taşıyabileceği düşüncesindedir (Sermaye, s. 401). Ayrıca yazar TTK m. 446.1.b'de sayılan *etki kuralı*na tabi durumların sınırlı sayıda olduğu görüşündedir (Sermaye, s. 400). Yine yazara göre etkiyi ispat külfeti davacıdadır (Sermaye, s. 400).

<sup>52</sup> KENDİGELEN, İlk Tespitler, 346-347.

<sup>53</sup> MOROĞLU, Erdoğan, Anonim Ortaklıkta Genel Kurul Kararlarının Hükümsüzlüğü, 8. Baskı, İstanbul, 2017, s. 249. Yazar, *illiyet bağı*nın iptal edilebilirlik sebebi ola-

446.1.b'de sayılan durumların sınırlı sayı ilkesine tabi olmadığı düşüncesindedir. Yazar, *illiyet bağına* ilişkin TTK m. 446.1.b'nin genel kurul kararının oluşumu ile ilgili olan ve hükümde yer verilenler haricindeki hukuka aykırılıklara da kıyasen uygulanması gerektiği görüşündedir<sup>54</sup>. Diğer taraftan yazar, toplantıya alınmama veya toplantıdan çıkarılma durumunda hukuka aykırılıkla karar arasında *illiyet bağının* bulunup bulunmadığının sadece kullanılmamış oy sayısına göre belirlenemeyeceği düşüncesindedir. Zira toplantıya alınmayan veya toplantıdan çıkarılan pay sahipleri toplantıda yapacakları açıklamalarla da kararın farklı yönde çıkmasına sebep olabilirlerdi<sup>55</sup>. *Pulaşlı*'ya göre, çağrının usulüne göre yapılmaması veya gündemin gereğince ilan edilmemesi, TTK m. 446.1.b'de geçen "*ve yukarıda sayılan aykırılıkların genel kurul kararının alınmasında etkili olduğunu ileri süren pay sahipleri*" ifadesinin kapsamındadır<sup>56</sup>. Yazar, toplantıya katılmaya veya oy kullanmaya haksız olarak izin verilmemesinin başlı başına iptal sebebi sayılması gerektiği düşüncesindedir. Zira aksinin kabulü, kararın alınmasına etki edemeyecek durumdaki küçük pay sahiplerinin toplantıya katılmalarına büyük pay sahiplerinin engel olmasına göz yumulmasına yol açar. Bu durum da söz konusu pay sahiplerinin genel kurula katılma, konuşma, öneride bulunma ve oy kullanma gibi haklarının ihlaline neden olur<sup>57</sup>. *Kırca* ise *nicelik bakımından hukuka aykırılıklar ile nitelik itibariyle hukuka aykırılıklar* arasında ayırım yapılmasını önermektedir<sup>58</sup>. Toplantıya çağrı, gündemin belirlenmesi ve ilanı, genel kurula katılmak ve öneride bulunmak ile oy

---

rak değil de iptal davasının dinlenebilmesi nedeni şeklinde düzenlendiğini ve bu durumun hukuk güvenliği bakımından yerinde olmadığını ifade etmiştir (MOROĞLU, Hükümsüzlük, s. 249).

<sup>54</sup> MOROĞLU, Hükümsüzlük, s. 248-249.

<sup>55</sup> MOROĞLU, Hükümsüzlük, s. 250-251. Çağrı usulüne aykırılığın tek başına genel kurul kararının iptal edilebilirliği için yeterli olduğu yönünde bkz. MOROĞLU, Hükümsüzlük, s. 114-117.

<sup>56</sup> PULAŞLI, Hasan, Şirketler Hukuku Şerhi Cilt: 2, 4. Baskı, Ankara, 2022, s. 1095. Diğer taraftan yazar, bir pay sahibinin genel kurula çağrılmaması sonucunda toplantıya katılmamasının da tek başına kanuna veya dürüstlük kuralına aykırılık oluşturduğu gerekçesiyle bu durumda genel kurul kararının iptal edilmesi gerektiğini ifade etmektedir (PULAŞLI, Şerh C. 2, s. 1096).

<sup>57</sup> PULAŞLI, Şerh C. 2, s. 1095.

<sup>58</sup> KIRCA, İsmail, Anonim Şirket Genel Kurul Kararlarının Hükümsüzlüğü, 3. Baskı, İstanbul, 2022, s. 125.

kullanmak gibi katılma haklarının ihlali, *nitelik itibariyle hukuka aykırılık* grubuna dâhildir<sup>59</sup>. Yazar, *nitelik itibariyle hukuka aykırılıklarda illiyet bağının* belirlenmesinde oyların sayısının, yani ihlalin karara sayısal etkisinin değil, *normatif illiyet ölçüsünün* esas alınmasının yerinde olduğu düşüncesindedir<sup>60</sup>. Bu çerçevede, çağrının usulüne uygun yapılmaması, gündemin gereğince ilan edilmemesi, toplantıya haksız şekilde alınma veya toplantıdan çıkarılma gibi durumlar tek başına iptal sebebi teşkil eder<sup>61</sup>.

Görüldüğü üzere, öğretilerde pay sahiplerinin sadece *çağrının usulüne göre yapılmaması* veya *gündemin gereği gibi ilan edilmemesi* yahut *genel kurula katılmasına* veya *oy kullanmasına haksız olarak izin verilmemesine* dayanarak kararın iptalini sağlayabileceğini savunan yazarlar da mevcuttur. Ancak uygulamada pay sahipleri, karar ile hukuka aykırılık arasındaki *illiyet bağını* ispat yükümlülüğü nedeniyle kararın iptalini sağlayamayabilecektir<sup>62</sup>. Bu hâllerde söz konusu pay sahipleri korumasız kalabilecektir. Nitekim Yargıtay 11. Hukuk Dairesi (HD)'nin çağrı usulüne

<sup>59</sup> KIRCA, s. 126. Pay sahibinin genel kurula katılmasının sağlanması ve oyunu hangi yönde kullanacağı hususunda karar verebilmesi için iradesinin sağlıklı şekilde oluşmasını sağlayan hükümlerin ihlali durumunda nitelik itibariyle hukuka aykırılıklar söz konusu olur (KIRCA, s. 126).

<sup>60</sup> KIRCA, s. 126-130. Genel kurul kararının oluşumu ile ilgili bir hükmün ihlali, pay sahibinin katılım haklarını kullanmaya yönelik davranışının etkilenmesine yol açıyorsa tek başına iptal sebebi sayılır (KIRCA, s. 130).

<sup>61</sup> KIRCA, s. 129-130. Ayrıca *Kırca'*ya göre, *illiyet bağını* ispat külfeti davacı pay sahibindedir (s. 131). Yine yazar, TTK m. 446.1.b'de yer alan durumların sınırlı sayı ilkesine tabi olmadığı düşüncesindedir (s. 124).

<sup>62</sup> Nitekim Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, "Bölge adliye mahkemesince bozma ilamına uyularak, davacının genel kurula katılma hakkının davalı tarafından yasaya ve yönetmeliğe aykırı olarak keyfi bir şekilde engellendiği, TTK'nın 446/1.b maddesi uyarınca davacıların iptal davası açma haklarının olduğu, bozma ilamında belirtildiği üzere dava konusu genel kurul toplantısında alınan tüm kararların ayrı ayrı değerlendirildiği, davacının toplantıya katılmamasının sonuca etkili olduğu kararların iptalinin gerektiği, ayrıca TTK'nın 436/2. maddesi uyarınca yönetim kurulu üyelerinin, kendilerinin ve diğer yöneticilerin ibralarında oy kullanamayacaklarının hükme bağlandığı, buradaki oydan yoksunluğun, sadece yönetim kurulu üyesi ya da yöneticisi olan ortaklara getirilmiş olduğu ve yorum yoluyla genişletilemeyeceği, bu hükme aykırı alınan ibra kararlarının da iptalinin gerektiği, diğer kararlar yönünden ise davacının toplantıya katılmamasının sonuca etkili olmadığı, esas sözleşme, kanun ve dürüstlük kuralına aykırılığın da bulunmadığı, bu nedenle bu hükümler yönünden iptal sonucunun oluşmadığı gerekçesiyle [...] karar verilmiş[esi]" yolundaki kararı onamıştır (Bkz. Y.11.HD, T. 29.3.2021, E. 2020/5626, K. 2021/3041) (Lexpera) (Erişim Tarihi: 28.09.2022).

aykırılığın tek başına genel kurul kararının iptalini sağlayamayacağı yolunda kararları mevcuttur. Buna göre, usule aykırı çağrıyla toplanan genel kurulda alınan kararların iptaline karar verilebilmesi için bu kararların ayrıca kanuna veya esas sözleşmeye yahut dürüstlük kuralına aykırılığının da ispatlanmış olması gerekir<sup>63</sup>. Yargıtay'ın bu yöndeki kararları, çağrı usulüne ilişkin kanun ve esas sözleşme hükümlerine aykırılığı yaptırımsız hâle düşürmektedir<sup>64</sup>.

*Çağrının usulüne göre yapılmaması veya gündemin gereği gibi ilân edilmemesi yahut toplantıya katılmasına veya oy kullanmasına haksız bir şekilde izin verilmemesi* durumunda nama yazılı payların sahiplerinin TTK m. 421.6'daki olanaktan ilgili kararlara olumsuz oy vermiş olmaları şartı aranmaksızın faydalanabileceklerinin savunulabilmesi gerçekten de güçtür. Zira TTK m. 421.6'nın söz konusu imkânı açıkça *olumsuz oy vermiş* pay sahiplerine tanıyan lafzı buna engel teşkil eder. Ancak yukarıda açıklanan sebeplerle *de lege ferenda* anılan hâllerde nama yazılı payların sahiplerine olumsuz oy vermiş olma şartı aranmaksızın TTK m. 421.6'daki imkândan yararlanabilme hakkı tanınması yerinde olurdu. Nitekim SerPK m. 24.1'de, SerPK m. 23'te sayılan önemli nitelikteki işlemlere ilişkin toplantıya katılıp olumsuz oy kullanan, hatta muhalefeti tutanağa kaydettiren pay sahiplerine ayrılma hakkı tanınmıştır. Şirkete de bunların paylarını satın alma yükümlülüğü getirilmiştir. Hükmün

<sup>63</sup> 6762 sayılı TTK dönemine ait olanlar için bkz. Y.11.HD, T.22.10.1996, E.1996/6988, K.1996/7163; Y.11.HD, T.23.5.1997, E.1997/1583, K.1997/3686; Y.11.HD, T.1.6.1998, E.1998/2468, K.1998/4079; Y.11.HD, T.19.12.2000, E.2000/8343, K.2000/10301; Y.11.HD, T.19.3.2002, E.2001/10204, K.2002/2499 (www.kazanci.com.tr) (Erişim Tarihi: 29.03.2021). 6102 sayılı TTK döneminde aynı yönde bkz. Y.11.HD, T. 28.9.2017, E. 2016/5401, K. 2017/4832; Y.11.HD, T.22.9.2016, E.2015/15396, K. 2016/7426 (www.kazanci.com.tr) (Erişim Tarihi: 28.09.2022). İkinci kararın ilgili kısmı şu şekildedir: “[...] *Davacıya usulüne uygun bir toplantı çağrısının yapılmaması ve davacının bu sebeple genel kurul toplantısına katılmamış olması davacıya bu toplantıda alınan kararlara karşı muhalefet şerhi koyma şartı aranmaksızın dava açma hakkı verir ise de bu durum tek başına alınan kararların iptalini gerektirmez. Usulsüz çağrıya dayanılarak açılan iptal davalarında toplantıda alınan kararların iptaline karar verilmesi ancak alınan kararların kanun, anasözleşme ve iyiniyet kurallarına aykırılığının tespiti halinde mümkündür.*”

<sup>64</sup> MOROĞLU, Hükümsüzlük, s. 114-115. Yaptırımsız kalması neticesinde çağrı usulüne aykırılıkların süreklilik arz ettiği durumlarda TTK m. 531 anlamında haklı sebebin söz konusu olabileceği yönünde bkz. İLBASMIŞ HIZLISOY, Özlem, Anonim Şirketin Haklı Sebep Feshi, Ankara, 2016, s. 133-134.

ikinci fıkrasında ise isabetli şekilde pay sahibinin önemli nitelikteki işlemlere ilişkin *toplantıya katılmasına veya oy kullanmasına haksız bir şekilde müsaade edilmemesi yahut genel kurul toplantısına çağrının usulüne uygun şekilde yapılmaması veya gündemin gereğince ilan edilmemesi* durumlarında, genel kurul kararlarına muhalif kalma ve muhalefet şerhini toplantı tutanağına geçirtme koşulu aranmaksızın birinci fıkranın uygulanacağı belirtilmiştir.

Öte yandan, benzer şekilde nama yazılı pay sahiplerinin *geçerli bir mazereti* nedeniyle toplantıya katılamaması durumunda TTK m. 421.6'daki imkândan yararlanıp yararlanamayacağı sorusuna da olumlu yanıt verebilmek mümkün görünmemektedir. Zira hükmün lafzı bu durumu da kapsam dışı bırakmaktadır.

Karara olumsuz oy veren pay sahiplerinin TTK m. 421.6'daki olanaktan yararlanabilmeleri için ayrıca muhalefetlerini toplantı tutanağına geçirtmiş olmaları şartının aranıp aranmayacağı sorusuna öğretilen olumsuz yanıt verilmektedir. Zira TTK m. 421.6'da, TTK m. 446.1.a'dan farklı olarak muhalefetin tutanağına geçirtilmesi zorunluluğundan bahsedilmemiştir<sup>65</sup>. Buna göre hangi pay sahiplerinin olumsuz oy vermiş olduğu anlaşılabilir muhalefetin toplantı tutanağına geçirtilmiş olması şartı aranmayacaktır<sup>66</sup>. Gerçekten de hükmün lafzı bu sonucu desteklemektedir. Ayrıca TTK m. 421.6'nın bu hususta TTK m. 202.2, m. 399.5 ve SerPK m. 24.1, c. 1'den de farklı kaleme alınmış olması da anılan görüşe dayanak olarak gösterilebilir. Şöyle ki TTK m. 421.6'dan farklı olarak TTK m. 202.2, m. 399.5 ve SerPK m. 24.1, c. 1 hükümlerinde öngörülen hakların kullanılabilmesi için de sadece olumsuz oy verilmiş olumasından değil ayrıca muhalefetin toplantı tutanağına geçirtilmiş olumasından söz edilmiştir<sup>67</sup>.

Öte yandan çok pay sahipli şirketlerde muhalefetin toplantı tutanağına geçirtilmesinin pay devir serbestisinden yararlanma hakkının varlığının ispatı açısından gerekli olabileceğine işaret edilmiştir<sup>68</sup>. Muha-

<sup>65</sup> YÜKSEL, s. 176, dpn. 81.

<sup>66</sup> YÜKSEL, s. 176, dpn. 81.

<sup>67</sup> Bu hususta ayrıca bkz. ve karş. "olumlu oy vermemiş ve bunu tutanağına geçirmiş" ortaklardan söz eden TTK m. 192.1 hükmü.

<sup>68</sup> YÜKSEL, s. 176, dpn. 81.

lefetin toplantı tutanağına geçirilmiş olmasının ispat açısından kolaylık sağlayacağı hususunda bir tereddüt söz konusu değildir. Ancak bağlı nama yazılı payın sahibi olumsuz oy kullandığını başka bir şekilde ispat edebiliyorsa payını altı ay süresince serbestçe devredebilecektir.

### III. TTK M. 421.6'DAKİ DURUMLARDA GEÇİCİ OLARAK ETKİSİZ HÂLE GELEN PAYLARIN DEVREDİLEBİLİRLİĞİNE İLİŞKİN KISITLAMALAR

TTK m. 421.6'nın gerekçesinde ve öğretide<sup>69</sup> belirtildiği gibi, “*payların devredilebilirliği hakkındaki kısıtlamalarla bağlı [olmama]*” ifadesindeki pay devri kısıtlamalarına kanuni bağlam dâhil değildir. Açık deyişle hükümde yer alan durumlarda kanuni bağlam etkisiz hâle gelmez. Bu sonuca, aksinin kabulünün sermayenin korunması ilkesine aykırılık teşkil edeceği gerekçesiyle varılmaktadır<sup>70</sup>. Kanuni bağlamın etkisiz hâle geleceği tek istisnaya kanuni bağlamı düzenleyen TTK m. 491'de yer verilmiş olmasının da varılan bu sonucu desteklediği kanaatindeyiz. Nitekim mehaz İsvBK m. 704.3'te açıkça payların devredilebilirliği ile ilgili *esas sözleşmesel* sınırlamalarla bağlı olmamadan bahsedilmiştir<sup>71</sup>.

Öte yandan TTK m. 421.6'daki durumlarda geçici olarak etkisiz hâle gelen pay devri kısıtlamalarını, borsaya kote edilmemiş nama yazılı payların devri ve borsaya kote edilmiş nama yazılı payların devri açısından ayrı ayrı incelemek gerekir. Zira iki tür nama yazılı paylar bakımından söz konusu olabilecek payların devredilebilirliğine ilişkin kısıtlamalar farklıdır.

#### A. Borsaya Kote Edilmemiş Nama Yazılı Payların Devrinde

Şirketin, TTK m. 421.6'da yer alan kararlara olumsuz oy vermiş borsaya kote edilmemiş nama yazılı payların sahiplerine, altı ay süresince, *esas sözleşmede belirlenmiş önemli bir sebebi ileri sürerek pay devrine onay*

<sup>69</sup> ŞENER, Oruç Hami, Teorik ve Uygulamalı Ortaklıklar Hukuku, 4. Baskı, Ankara, 2019, s. 623; SEVİ, s. 292.

<sup>70</sup> ŞENER, s. 623.

<sup>71</sup> İsvBK m. 704.3 çerçevesinde kanuni devir sınırlamalarının değil, esas sözleşmesel devir sınırlamalarının etkisiz hâle geleceği yönünde bkz. KLÄY, Hanspeter, Die Vinkulierung, Theorie und Praxis im neuen Aktienrecht, Basel und Frankfurt am Main, 1997, s. 347-348, özellikle 348 dpn. 97; DUBS/TRUFFER, Art. 704 N. 20; TANNER, Art. 704 N. 112.



*istemini reddedemeyeceği* (bkz. TTK m. 493.1) hususunda bir tereddüt yoktur. Yine şirketin TTK m. 421.6'daki kararlara olumsuz oy vermiş borsaya kote edilmemiş nama yazılı payların sahiplerinden *paylarını devralanı, bu payları kendi ad ve hesabına aldığını açıklamaya zorlayamayacağı* da tartışmadan uzaktır. Dolayısıyla bu durumda *şirket devralanın açıklamadığı gerekçesiyle devrin pay defterine kaydını da reddedemeyecektir* (bkz. TTK m. 493.3). Zira bu hâl, esas sözleşmesel bir bağlam olmanın ötesinde esas sözleşmeyle öngörülen bağlam hükümlerinin dolanılmasını önlemeye yönelik bir tedbir olarak gündeme gelir<sup>72</sup>. Esas sözleşmede öngörülen bağlam hükümlerinin etkisiz hâle geldiği bir durumda bunların korunmasını sağlayan tedbire de ihtiyaç kalmaz.

Burada asıl tereddüt uyandırabilecek husus, TTK m. 421.6'daki durumlarda şirketin alım teklifinde bulunarak [*kaçış klozuna (escape clause)* başvurarak] pay devrine onay istemini reddetme hakkının (bkz. TTK m. 493.1) mevcut olup olmadığıdır<sup>73</sup>. Açık deyişle şirket, TTK m. 421.6'da yer alan kararlara olumsuz oy vermiş borsaya kote edilmemiş nama yazılı payların sahiplerine paylarını gerçek değeriyle almayı teklif ederek pay devrine onay istemini reddedebilecek midir?

Öğretide bir görüş amaçsal yorumla bu soruyu olumlu yanıtlamaktadır<sup>74</sup>. Buna göre alım teklifinde bulunma hakkı payların devrini engellemeye yönelmez, pay sahibinin paylarını gerçek değeri üzerinden satarak şirketten ayrılabilmesine imkân tanır, dolayısıyla payların devredilebilirliğini sağlar<sup>75</sup>. Anılan görüş taraftarlarından *Uzel*, ayrıca me-

<sup>72</sup> TTK m. 493.3'teki ret sebebinin birinci ve ikinci fıkrada düzenlenen ret sebeplerinin dolanılmasına engel olmak için öngörülmüş olduğu hususunda bkz. CENKÇİ, Esra, "Borsaya Kote Edilmemiş Nama Yazılı Payların Devrinde Kaçış Klozuna Başvuru Hakkının Kötüye Kullanılması", İstanbul Hukuk Mecmuası, 79 (2), 2021, s. 384 dpn. 13.

<sup>73</sup> İsviçre hukukunda, mehaz İsvBK m. 704.3'ün kapsamına giren durumlarda devre ilişkin zorlaştırmaların etkisizleşeceği, borsaya kote olsun veya olmasın nama yazılı payları edinenin tanınması gerektiği, ancak şirketin -TTK m. 493.1'in mehazı olan İsvBK m. 685b.1'deki devralma hakkını kullanabilmesinin mümkün olup olmadığı hususunun ihtilafı olduğu yönünde bkz. FORSTMOSER, Peter/MEIER-HAYOZ, Arthur/NOBEL, Peter, Schweizerisches Aktienrecht, Bern, 1996, § 44, N. 257, dpn. 106.

<sup>74</sup> UZEL, s. 147-148; AKIN, s. 247.

<sup>75</sup> UZEL, s. 147; AKIN, 247.

haz İsvBK m. 704.3'te esas sözleşmesel bağlamın uygulanmayacağına düzenlenmiş olmasını görüşüne dayanak olarak göstermektedir<sup>76</sup>.

Karşı görüşe göre, “*payların devredilebilirliği hakkındaki kısıtlamalarla bağlı değildirler*” ifadesi nedeniyle, şirket hükümdeki kararlara olumsuz oy vermiş borsaya kote edilmemiş nama yazılı payların sahiplerinin pay devrine onay istemlerini altı ay süresince alım teklifinde bulunarak reddedemez<sup>77</sup>. Bu görüşün en temel gerekçelerinden biri, *kaçış klozunun* esas sözleşmesel bağlamın bir uzantısı olması ve esas sözleşmede düzenlenen pay devri sınırlamalarının uygulanabilir olması şartıyla ileri sürülebilmesidir. Buna göre, esas sözleşmede düzenlenen önemli sebepler etkisizleştiği takdirde payların esas sözleşmede herhangi bir sınırlama öngörülmemişçesine serbestçe devredilebilmesi gerekir<sup>78</sup>. Birinci görüş taraftarlarının şirketin alım teklifinde bulunarak onay istemini reddetmesinin payların devredilebilirliğini sağlayan niteliği nedeniyle devir serbestisine zarar vermeyeceği iddiasına karşı ise şunlar ileri sürülmektedir. TTK m. 421.6'daki “*payların devredilebilirliği hakkındaki kısıtlamalarla bağlı [olmama]*” ifadesinden, paylarının sözleşmenin tarafını ve içeriğini serbestçe belirlemek suretiyle devredebilmesi gerektiği sonucuna varılabilir<sup>79</sup>. TTK m. 421.6'da öngörülen durumlarda bu hâle sebep olan çoğunluk pay sahiplerinin lehine olacak şekilde paylarını devreden pay sahiplerini gerçek değere mecbur kılmanın haklı olduğunu söylemek güçtür. Zira *kaçış klozuna* başvurulduğunda satış bedeli hususundaki uyuşmazlıklarda satış bedeli gerçek değer<sup>80</sup> olarak belirlenecektir (TTK

<sup>76</sup> UZEL, s. 147. Diğer taraftan yazar, İsvBK m. 704.3 hükmünün bu şekilde kaleme alınış sebebinin kanuni bağlamı istisna tutmak olduğunun savunulabileceğine de işaret etmektedir (s. 147).

<sup>77</sup> YÜKSEL, s. 176-177. Keza -TTK m. 421.6'nun mehazı olan- İsvBK m. 704.3 gereğince hükümde yer alan kararlara olumlu oy vermemiş nama yazılı payların sahiplerinin hükümde belirtilen altı ay süresince payların devredilebilirliği hakkındaki sınırlamalarla bağlı olmayacağı, dolayısıyla her türlü bağlam rejiminden bağımsız şekilde paylarını serbestçe devredebileceği (her türlü bağlam rejiminin etkisiz hâle geleceği) yönünde bkz. MÜLLER, Roland/LİPP, Lorenz/PLÜSS, Andrian, “Minderheitenschutz im schweizerischen Aktienrecht”, AJP/PJA 5/2011, s. 593.

<sup>78</sup> YÜKSEL, s. 177.

<sup>79</sup> YÜKSEL, s. 177.

<sup>80</sup> Gerçek değerın tasfiye değerini değil şirketin devam eden bir işletme olarak değerini ifade ettiği, dolayısıyla anılan değerın belirlenmesinde şirketin net aktif değerinin yanı sıra işletmenin verimlilik değerinin de hesaba katılması gerektiği yönünde

m. 493.5 ve 6). Bu da pay sahibi için uygun olmayabilecektir<sup>81</sup>.

Öte yandan, birinci görüşü savunan yazarlardan *Akın*, üçüncü kişinin iyi niyetli pay alım önerisinin payın gerçek değerinden yüksek olduğu durumlarda şirketin (veya diğer pay sahiplerinin) bu daha yüksek olan tutarı ödemesinin isabetli olacağını ileri sürmektedir<sup>82</sup>. Yazara göre, şirketten ayrılmak isteyen pay sahibinin menfaatinin en iyi şekilde korunması adına *kaçış klozunun* gerçek değerden yüksek bir değerle kullanılabilmesine olanak tanınabilmelidir. Zira TTK m. 421.6'da anılan hâllerde bağlam çoğunluk pay sahiplerince alınan kararlar etkisiz hâle gelmiştir<sup>83</sup>. *Yüksel* ise bu görüşün uyuşmazlık durumunda mahkemenin de üçüncü kişinin söz konusu fiyat teklifini esas alıp almayacağı konusunda suskun kaldığına işaret etmektedir. Yazar TTK m. 421.6 geniş yorumlanmak istenirken TTK m. 493.1 ve 5'in *contra legem* yorumlanmasının isabetli olmadığı düşüncesindedir<sup>84</sup>. Bu hususta *Yüksel*'e katıldığımızı belirterek üçüncü kişinin fiyat teklifinin gerçek değerden yüksek olduğu durumlarda şirketin bu tutarı ödemesinin şirkete önemli bir yük getirebileceği hususuna da dikkat çekmek isteriz. Diğer taraftan, bu durum kötüye kullanılmaya da müsaittir. Üçüncü kişinin fiyat teklifinin gerçek değerden yüksek olduğu durumlarda bu teklifin dürüstlük kuralına uygun olup olmadığının tespiti güçtür. Nitekim şirketin gerçek değer üzerinde ödeme yapmasını sağlamak amacıyla gerçek niyeti bu olmadığı hâlde paylara gerçek değer üzerinde fiyat teklif edenler olabileceği de göz ardı edilmemelidir<sup>85</sup>.

Kanaatimizce de şirketin hükümde yer alan kararlara olumsuz oy vermiş borsaya kote edilmemiş nama yazılı payların sahiplerinin pay devrine onay istemlerini altı ay süresince alım teklifinde bulunarak reddedebilmesi mümkün değildir. Zira borsaya kote edilmemiş nama yazılı payların devrinde esas sözleşmesel bağlamın etkisiz hâle geldiği diğer

---

bkz. ERDEM, H. Ercüment, "Nama Yazılı Hisse Senetlerine İlişkin Olarak Uygulamada Ortaya Çıkan Bazı Sorunlar ve Yeni TTK'nın Çözümleri", Türk Ticaret Kanunu ile İlgili Makaleler (2009-2016), İstanbul, 2017, s. 296.

<sup>81</sup> YÜKSEL, s. 177.

<sup>82</sup> AKIN, s. 247.

<sup>83</sup> AKIN, s. 247.

<sup>84</sup> YÜKSEL, s. 177, dpn. 88.

<sup>85</sup> Bu hususta ayrıca bkz. YÜKSEL, s. 205-206 ve AKIN, s. 94-95.

bir durumu düzenleyen TTK m. 493.4'ün kaleme alınış şekli TTK m. 421.6'den farklılık arz etmektedir. Şöyle ki TTK m. 493.4'te, borsaya kote edilmemiş nama yazılı payların *miras, mirasın paylaşımı, eşler arasındaki mal rejimi hükümleri yahut cebri icra* gereği edinilmiş oldukları takdirde şirketin payları iktisap eden kişiye sadece paylarını gerçek değerleriyle almayı teklif ederek onay vermeyi reddedebileceği düzenlenmiştir. Diğer bir deyişle, hükümde anılan hâllerde esasen pay devri sınırlamalarının etkisiz hâle geleceği kabul edilirken şirketin alım teklifinde bulunarak pay devrine onay istemini reddetme hakkı saklı tutulmuştur. TTK m. 421.6'da ise şirketin alım teklifinde bulunma hakkı istisna tutulmaksızın "*payların devredilebilirliği hakkındaki kısıtlamalarla bağlı değildirler*" ifadesi kullanılmıştır. Ayrıca kaçış klozunun düzenlendiği 493. madde hükmünün "*II – Esas sözleşmeyle sınırlama*" üst başlığı altında düzenlenmiş olması kaçış klozunun da bir pay devri sınırlaması olduğunu gösterir<sup>86</sup>. Gerçekten de şirket bu yola başvurduğunda pay sahibinin önünde iki seçenek vardır: Ya şirketin önerdiği kişiyle ve şirketin -payın gerçek değerinden aşağı olmamak şartıyla- önerdiği bedelle payını devretmek yahut pay devrinden vazgeçmek. Dolayısıyla bu yola başvurulmuş olması pay sahibinin payını dilediği kişiye ve dilediği bedelle devretme hakkını elinden alarak payın devri açısından bir sınırlama teşkil etmektedir<sup>87</sup>.

Bu noktada ele alınması gereken ikinci bir sorun ise esas sözleşmeye şirketin, TTK m. 421.6'da yer alan kararlara olumsuz oy vermiş borsaya kote edilmemiş nama yazılı payların sahiplerinin pay devirlerine altı ay süresince alım teklifinde bulunarak onay vermeyi reddedebileceği yolunda bir hükmün konulmasının mümkün olup olmadığıdır. Yukarıda bahsi geçen birinci görüşü savunan yazarlar, bu konuda TTK'de bir açıklığın olmaması karşısında esas sözleşmeye bu yönde bir hükmün konulmasının mümkün ve faydalı olacağı düşüncesindedirler<sup>88</sup>. TTK m. 421.6'nın emredici nitelikte olduğu gerekçesiyle, bu yönde

<sup>86</sup> Bu düzenleme şeklinin kaçış klozunun bir pay devri sınırlaması olduğunu gösterdiği hususunda bkz. CENKÇİ, s. 396.

<sup>87</sup> Kaçış klozunun bu yönü hakkında bkz. CENKÇİ, s. 396.

<sup>88</sup> UZEL, s. 148; AKIN, s. 247.

öngörülecek bir esas sözleşme hükmünün TTK m. 493.7'ye aykırılığı nedeniyle geçersiz olacağı fikrindeyiz.

### B. Borsaya Kote Edilmiş Nama Yazılı Payların Devrinde

Daha önce de belirtildiği gibi, TTK m. 421.6 hükmü sadece borsaya kote edilmemiş nama yazılı payların sahipleri bakımından değil, borsaya kote edilmiş nama yazılı payların sahipleri için de geçerlidir. Dolayısıyla *esas sözleşmesinde edinilebilecek nama yazılı paylara ilişkin edinenin pay sahibi olarak tanınacağı sermayenin belli bir yüzdesi şeklinde belirlenmiş bir edinim üst sınırı öngörülmüş ve bu üst sınır aşılmış* bile olsa, şirket TTK m. 421.6'da yer alan kararlara olumsuz oy veren pay sahiplerinin paylarını iktisap eden bir kişiyi altı ay süresince pay sahibi olarak tanımayı reddedemeyecektir (bkz. TTK m. 495.1). Dolayısıyla bu durumda anılan kişi pay defterine tam bir pay sahibi<sup>89</sup> olarak kaydedilmelidir<sup>90</sup>. Yine şirket, altı ay süresince TTK m. 421.6'da yer alan kararlara olumsuz oy vermiş nama yazılı payların sahiplerinin borsaya kote edilmiş paylarını *devralan payları kendi adına ve hesabına aldığını açıklamaya zorlayamayacaktır*. Dolayısıyla, şirket *devralanın açıklamadığı gerekçesiyle devrin pay defterine kaydını reddedemeyecektir* (bkz. TTK m. 495.2).

Buraya kadar anlatılanlar ve özellikle borsaya kote edilmiş nama yazılı payların devrinde hakların geçişini düzenleyen TTK m. 497 hükmü göz önünde tutulduğu takdirde şu sonuca varılabilir: TTK m. 421.6'da geçen *“payların devredilebilirliği hakkındaki kısıtlamalarla bağlı [olmama]”* ifadesi, *pay devrinin pay defterine kaydına ilişkin kısıtlamalarla bağlı olmama*, diğer bir deyişle *paylarını devrettiği kişinin tam bir pay sahibi olarak tanınması veya pay defterine tam bir pay sahibi olarak kaydedilmesi gereği* şeklinde anlaşılmalıdır. Hükmün *de lege ferenda* bu yönde değiştirilmesi gerektiği söylenebilir<sup>91</sup>.

<sup>89</sup> Öğretide “vollaktionär” ifadesi yerine “yetkin pay sahibi” terimi de kullanılmaktadır (bkz. BOZKURT, s. 161 dpn. 578).

<sup>90</sup> UZEL, s. 148.

<sup>91</sup> Benzer yönde İsviçre öğretisinde, İsvBK m. 704.3'te geçen *payların devredilebilirliği ile ilgili esas sözleşmesel sınırlamalarla bağlı olmama* ifadesinin, devir sınırlamaları değil de nama yazılı payların edinilmesinden sonra hakların kullanımına ilişkin sınırlamalar öngören (İsvBK m. 685 f.) 1991 yılındaki revizyondan sonra da değiştirilmeden aynen muhafaza edilmesinin eleştirisi için bkz. DAENİKER, Daniel, One share, one vote – Bedeutung der Debatte für die M&A-Praxis/I.-III., Mergers & Acquisiti-

Bu noktada ayrıca şirketin alım teklifinde bulunarak pay devrine onay istemini reddetme hakkının TTK m. 493.1 gereğince sadece borsaya kote edilmemiş nama yazılı payların devrinde söz konusu olduğunu yeniden hatırlatmak gerekir. Dolayısıyla TTK m. 421.6'da yer alan kararlara olumsuz oy vermiş borsaya kote edilmiş nama yazılı payların sahiplerinin pay devirlerini şirketin alım teklifinde bulunarak reddetme hakkı olup olmadığı hususunda bir tartışma da yoktur. Şirketin alım teklifinde bulunarak TTK m. 421.6'da yer alan kararlara olumsuz oy vermiş borsaya kote edilmiş nama yazılı payların sahiplerinin pay devirlerini reddetme imkânı yoktur<sup>92</sup>.

Öğretide, TTK m. 421.6'da yer alan kararlara olumsuz oy vermiş nama yazılı payların sahiplerinin paylarının (TTK m. 379'da öngörülen şirket net aktifine ilişkin koşula uyulmak şartıyla) şirket tarafından, (bu şartın yerine getirilmesinin mümkün olmaması durumunda) diğer pay sahipleri tarafından gerçek değeri üzerinden satın alınması zorunluluğunun kanun hükmü ile getirilmesi önerilmektedir. Zira anılan payları hükümde belirtilen altı aylık sürede devralmak isteyen olmadığı takdirde bunların devri zor olacaktır<sup>93</sup>. Bu öneriye karşı çıkan *Bozkurt*, bu yönde bir kanun hükmünün sözleşme özgürlüğünü sırf bu durumdaki pay sahiplerini korumak amacıyla ölçüsüz biçimde sınırlandıracağı düşüncesindedir<sup>94</sup>.

---

ons XV (Hrsg. TSCHÄNİ, Rudolf), 2013, s. 154-155. Daha önce de değinildiği gibi *Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel*, şirketin İsvBK m. 685b.1'deki devralma hakkını kullanabilmesinin mümkün olup olmadığı hususunun tartışmalı olduğuna işaret etmekle birlikte, İsvBK m. 704.3'teki durumlarda *devre ilişkin zorlaştırmaların etkisizleşmesinden*, borsaya kote olsun veya olmasın *nama yazılı payları edinenin tanınması gereğinden* bahsetmektedir (FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 44, N. 257, dpn. 106).

<sup>92</sup> UZEL, s. 148.

<sup>93</sup> UZEL, s. 148-149. Benzer yönde bkz. MOROĞLU, Erdoğan, 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu, Değerlendirme ve Öneriler, 8. Baskı, İstanbul, 2016, s. 242. Yazar bu husustaki düşüncesini şu şekilde ifade etmektedir: "Mâdem, bir kısım pahasahiplerine ya anasözleşme değişikliğini içlerine sindirme veya paylarını devredip gitme seçeneklerinden başka bir seçenek bırakılmıyor, o zaman hiç olmazsa, anasözleşme değişikliğine olumlu oy veren pahasahiplerine, hisselerini üç ay içinde elden çıkarmak isteyen pahasahiplerinin paylarını rayiç değer üzerinden satınalma yükümlülüğünün getirilmesi ve yapılan sözleşme değişikliğinin yürürlüğe girmesinin pay bedellerinin nakden ve tamamen ödenmesi şartına bağlanması daha doğru olmaz mıydı?!" (MOROĞLU, Değerlendirme, s. 242).

<sup>94</sup> BOZKURT, s. 44 dpn. 159.

Öncelikle bu konuda iltibasa mahal vermemek açısından, sermaye piyasası mevzuatı ile halka açık anonim şirketlerde satın alma zorunluluğunun zaten söz konusu olduğu konumuzla bağlantılı durumu hatırlatmakta fayda olduğu düşüncesindeyiz. Daha önce de değinildiği üzere, halka açık anonim şirketlerde imtiyaz oluşturulması yahut mevcut imtiyazların kapsam veya konusunun değiştirilmesi durumunda anılan karara olumsuz oy vermiş pay sahiplerine (SerPK m. 24.2'deki durumlardan biri mevcut değilse muhalefetlerini de tutanağa geçirtmeleri şartıyla) ayrılma hakkı tanınmıştır. Şirkete de bu pay sahiplerinin paylarını istemleri üzerine adil bir bedel üzerinden satın alma yükümlülüğü getirilmiştir (bkz. SerPK m. 23.1 ve m. 24.1)<sup>95</sup>. Yukarıda da ele alındığı gibi TTK m. 421.6 hükmü sadece borsaya kote edilmemiş nama yazılı paylar bakımından değil, borsaya kote edilmiş nama yazılı paylar için de geçerlidir. Dolayısıyla gerek halka açık olmayan gerekse halka açık olan anonim şirketlerde TTK m. 421.6'da sayılan kararlara olumsuz oy vermiş nama yazılı payların sahipleri altı aylık süre boyunca pay devri sınırlamalarıyla bağlı olmayacaktır. Ancak halka açık anonim şirketlerde, imtiyaz oluşturulması durumunda anılan karara muhalif nama yazılı payların sahipleri, TTK m. 421.6'daki geçici devir serbestisinden yararlanmaya belki hiç ihtiyaç bile duymayabileceklerdir. Zira bu durumda sermaye piyasası mevzuatı çerçevesinde kendilerine ayrılma hakkı tanınmış, şirkete de bunların paylarını satın alma yükümlülüğü getirilmiştir.

Hâl böyleyken, TTK m. 421.6'da yer alan kararlara olumsuz oy vermiş nama yazılı payların sahiplerinin paylarının şirket tarafından satın alınması zorunluluğunun kanun hükmü ile getirilmesi önerisine sıcak bakmamaktayız. Şirketin satın alma yükümlüğünün sadece halka açık anonim şirketler bakımından ve sermaye piyasası mevzuatında hâlihazırda öngörülmüş olan yukarıda değinilen kapsamda kalması gerektiği düşüncesini taşımaktayız.

<sup>95</sup> Ancak hatırlatma fayda vardır ki, II-23.3 sayılı Tebliğ m. 16.1.b'de mevcut imtiyazların bedelsiz olarak kaldırılması yahut konu veya kapsam bakımından daraltılmasının önemli nitelikteki işlemlerden olduğu kabul edilmekle birlikte, söz konusu işlemlerde II-23.3 sayılı Tebliğ hükümleri çerçevesinde ayrılma hakkının kullanılmasında yükümlülüğünden muafiyet tanınabileceği hükme bağlanmıştır.

## SONUÇ

Nama yazılı payların devrinin sınırlandırılması kararı, TTK m. 421.6'nın metninde sayılmamış olması nedeniyle hükmün gerekçesine de uygun şekilde hükmün uygulanmasını gerektirecek bir durum olarak kabul edilemez. Pay devri sınırlaması getirilmesinin amacı ve işlevselliği dikkate alındığında bu tercihin isabetli olduğu söylenebilir.

TTK m. 421.6'nın uygulama alanına giren genel kurul kararlarının kapsamı bağlamında, mevcut imtiyazları genişleten veya daraltan yahut kaldıran kararların hükmün kapsamında olmadığı görüşünderiz. Zira hükmün lafzı ve TTK m. 421.3'ün gerekçesindeki ifadeler bu sonucu desteklemektedir. Öte yandan *de lege ferenda* TTK m. 421.6'da *imtiyaz oluşturulmasının yanında mevcut imtiyazların genişletilmesinin* de hükmün kapsamına dâhil edilmesinin isabetli olacağı kanaatindeyiz. Tasfiyeden dönme kararının ise TTK m. 421.6'nın kapsamında olduğu düşüncesini taşımaktayız.

İşletme konusunun genişletilerek ek faaliyetlere başlanması veya işletme konusunun daraltılması bazen tamamen değiştirilmesinden bile daha fazla riskin üstlenilmesine sebep olabilir. Ancak TTK m. 421.6'nın lafzı ve TTK m. 421.3'ün gerekçesindeki ifadeler dikkate alındığında, bu hâllerin hükmün uygulama alanına dâhil olduğunu söylemek zordur. Öte yandan *de lege ferenda* anılan kararların TTK m. 421.6'nın uygulanmasını gerektiren durumlar olarak belirlenmesi gerekirdi. Uygulama alanı bahsi geçen kararları da kapsayacak şekilde (daha geniş) çizilen İsvBK m. 704.3'ün bu açıdan yerinde olduğu kanaatindeyiz. Mevcut işletme konusunun bırakılarak ona çok yakın yeni bir konuya geçilmesinin TTK m. 421.6'nın uygulanmasını gerektirecek bir karar olup olmadığı sorusuna ise olumlu yanıt verilmelidir.

TTK m. 421.6'nın lafzı dikkate alındığında madde metninde kullanılan "*olumsuz oy vermiş*" ibaresi nedeniyle toplantıya iştirak etmemiş olanlar payların devredilebilirliğine ilişkin kısıtlamalarla bağlı kalacaklardır. Ancak *toplantıya katılmasına haksız bir şekilde izin verilmemesi veya genel kurul toplantısına çağrının usulüne göre yapılmaması veya gündemin gereğince ilân edilmemesi nedeniyle toplantıya katılmamış yahut oy kullanmasına haksız bir şekilde izin verilmemesi nedeniyle oy kullanamamış* pay sahip-



lerinin TTK m. 421.6'daki imkândan yararlanamamalarının adil olmadığı düşüncesindeyiz. Bu nedenle *de lege ferenda* (SerPK m. 24.2'ye benzer şekilde) anılan durumdaki nama yazılı pay sahiplerine bu olanaktan faydalanabilme imkânın tanınması gerektiği kanaatindeyiz. Öte yandan, nama yazılı payların sahiplerinin TTK m. 421.6'daki olanaktan faydalanabilmeleri için ayrıca muhalefetlerini toplantı tutanağına geçirtmiş olmaları gerekmecektir. Burada önemli olan söz konusu pay sahiplerinin olumsuz oy verdiklerini bir şekilde ispat edebilmeleridir. Zira TTK m. 421.6'da sadece olumsuz oy verilmiş olunmasından bahsedilmiştir.

TTK m. 421.6'daki "*payların devredilebilirliği hakkındaki kısıtlamalarla bağlı [olmama]*" ifadesinin anlamının belirlenmesi ile ilgili olarak ise, bu ibaredeki kısıtlamalara kanuni bağlamın dâhil olmadığı konusunda bir tereddüt yoktur. TTK m. 421.6'daki durumlarda şirketin alım teklifinde bulunarak pay devrine onay istemini reddetme imkânının mevcut olup olmadığı hususu ise tartışmalıdır. Bunun mümkün olmadığı görüşünderiz. Zira bu imkânın saklı tutulması amaçlansaydı, TTK m. 421.6'nun düzenlenişi TTK m. 493.4 hükmüne benzer şekilde olurdu. Yine, şirketin alım teklifinde bulunma hakkını düzenleyen TTK m. 493'ün "*II – Esas sözleşmeyle sınırlama*" üst başlığı altında yer alması, bu imkânın da esasen bir pay devri sınırlaması olduğunu gösterir.

TTK m. 421.6'daki durumlarda şirketin alım teklifinde bulunarak onay vermeyi reddedebileceği yolunda bir hükmün esas sözleşme değişikliği yoluyla getirilebilmesinin mümkün olup olmadığı sorusuna olumsuz yanıt vermekteyiz. TTK m. 421.6'nın emredici nitelikte olması karşısında, bu yönde bir esas sözleşme hükmü TTK m. 493.7'ye aykırı, dolayısıyla da geçersiz olacaktır.

Ayrıca borsaya kote edilmiş nama yazılı payların devrinde haklarının geçişine ilişkin TTK m. 497 çerçevesinde, TTK m. 421.6'daki "*payların devredilebilirliği hakkındaki kısıtlamalarla bağlı [olmama]*" ifadesiyle *pay devrinin pay defterine kaydına ilişkin kısıtlamalarla bağlı olmama*, farklı bir deyişle *paylarını devrettiği kişinin tam bir pay sahibi olarak tanınması* veya *pay defterine tam bir pay sahibi olarak kaydedilmesi* gereğinin kastedildiği söylenebilir. Hükmün *de lege ferenda* bu şekilde değiştirilmesi gerektiği düşünülebilir.

Öte yandan, TTK m. 421.6'da yer alan kararlara olumsuz oy vermiş borsaya kote edilmiş nama yazılı payların sahiplerinin pay devirlerini şirketin alım teklifinde bulunarak reddetme imkânı olmadığı hususunda bir tereddüt bulunmamaktadır. Zira borsaya kote edilmiş nama yazılı payların devrinde şirketin alım teklifinde bulunarak pay devrini reddetme olanağı zaten yoktur.

Nihayet işletme konusunun tamamen değiştirilmesi veya imtiyazlı pay oluşturulması kararlarına olumsuz oy kullanmış nama yazılı payların sahiplerinin paylarının altı ay süresince şirketçe satın alınması mecburiyetinin kanun hükmü ile getirilmesi yönündeki öneriye olumlu bakmamaktayız. Şirketin satın alma yükümlüğünün sadece halka açık şirketler açısından sermaye piyasası mevzuatında hâlihazırda öngörül-müş olan kapsamda kalması gerektiği görüşündeyiz.

## KAYNAKLAR

- AKIN, Murat Yusuf, Anonim Ortaklıkta Bağlı Nama Yazılı Hisseler, Birinci Baskıdan Tıpkı Baskı, İstanbul, 2014.
- AL KILIÇ, Şengül, Anonim Şirketlerde Tasfiyeden Dönme, Ankara, 2017.
- ALTAY, S. Anlam, "Türk ve İsviçre Anonim Ortaklıklar Hukuku'nda Esas Sözleşmesel Bağlam", İsviçre Borçlar Kanunu'nun İktibasının 80. Yılında İsviçre Borçlar Hukuku'nun Türk Ticaret Hukuku'na Etkileri, İstanbul, 2009, s. 563-637.
- BİLGE, Mehmet Emin, "Anonim Şirketin Sona Ermesi ve Tasfiyesi", EÜHFD, C. XVI, S. 3-4 (2012), s. 261-294.
- BİLGİLİ, Fatih/DEMİRKAPI, Ertan, Şirketler Hukuku Dersleri, Bursa, 2020.
- BOZKURT, Tamer, Anonim Şirketlerde Pay Devrinin Sınırlandırılması (Bağlam) -Die Vinkulierung, İstanbul, 2016.
- CENKÇİ, Esra, "Borsaya Kote Edilmemiş Nama Yazılı Payların Devrinde Kaçış Kızuna Başvuru Hakkının Kötüye Kullanılması", İstanbul Hukuk Mecmuası, 79 (2), 2021, s. 379-408.
- DAENİKER, Daniel, One share, one vote – Bedeutung der Debatte für die M&A-Praxis/I.-III., Mergers & Acquisitions XV (Hrsg. TSCHÄNİ, Rudolf), 2013.
- DUBS, Dieter/TRUFFER, Roland, Basler Kommentar, Obligationenrecht II, Art. 530-964 OR inkl. Schlussbestimmungen (Honsel/Vogt/Watter), 5. Auflage, Basel, 2016.
- ERDEM, H. Ercüment, "Nama Yazılı Hisse Senetlerine İlişkin Olarak Uygulamada Ortaya Çıkan Bazı Sorunlar ve Yeni TTK'nın Çözümleri", Türk Ticaret Kanunu ile İlgili Makaleler (2009-2016), İstanbul, 2017, s. 269-304.
- FORSTMOSER, Peter/MEIER-HAYOZ, Arthur/NOBEL, Peter, Schweizerisches Aktienrecht, Bern, 1996.
- İLBASMIŞ HIZLISOY, Özlem, Anonim Şirketin Haklı Sebeple Feshi, Ankara, 2016.
- KARAMAN COŞGUN, Özlem, Anonim Şirketin Tasfiyesi, Ankara, 2015.
- KAYA, Barış, Halka Açık Anonim Ortaklıklarda Pay Sahiplerinin Ortaklıktan Ayrılma Hakkı, İstanbul, 2018.

- KENDİGELEN, Abuzer, Yeni Türk Ticaret Kanunu, Değişiklikler, Yenilikler ve İlk Tespitler, Güncellenmiş 2. Baskıdan 3. (Tıpkı) Baskı, İstanbul, 2016.
- KENDİGELEN, Abuzer, Notlu Türk Ticaret Kanunu ve İlgili Mevzuat, 7. Baskı, İstanbul, 2020.
- KERVANKIRAN, Emrullah, Anonim Şirketlerin Tasfiyesi, Ankara, 2015.
- KIRCA, İsmail, Anonim Şirket Genel Kurul Kararlarının Hükümsüzlüğü, 3. Baskı, İstanbul, 2022.
- KLÄY, Hanspeter, Die Vinkulierung, Theorie und Praxis im neuen Aktienrecht, Basel und Frankfurt am Main, 1997.
- MANAVGAT, Çağlar, Hukuki Bakımdan Halka Açık Anonim Ortaklıklar ve Halka Arz, Ankara, 2016.
- MOROĞLU, Erdoğan/KENDİGELEN, Abuzer, İçtihatlı-Notlu Türk Ticaret Kanunu ve İlgili Mevzuat, İstanbul, 2014.
- MOROĞLU, Erdoğan, 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu, Değerlendirme ve Öneriler, 8. Baskı, İstanbul, 2016.
- MOROĞLU, Erdoğan, Anonim Ortaklıkta Genel Kurul Kararlarının Hükümsüzlüğü, 8. Baskı, İstanbul, 2017.
- MÜLLER, Roland/LİPP, Lorenz/PLÜSS, Andrian, "Minderheitenschutz im schweizerischen Aktienrecht", AJP/PJA 5/2011, s. 587-598.
- NARBAY, Şafak/KESİCİ, Buğra, "Ticaret Ortaklıklarında Yapısal Değişiklik Kararına Karşı Öngörülen İptal Davası Üzerine "Karşılaştırmalı Bir İnceleme"", TFM 2015/1, s. 107-159.
- POROY, Reha/TEKİNALP, Ünal/ÇAMOĞLU, Ersin, Ortaklıklar Hukuku II, 14. Baskı, İstanbul, 2019.
- PULAŞLI, Hasan, Bağlı Nama Yazılı Pay Senetleri, Ankara, 1992.
- PULAŞLI, Hasan, Şirketler Hukuku Şerhi Cilt: 2, 4. Baskı, Ankara, 2022.
- PULAŞLI, Hasan, Şirketler Hukuku Şerhi Cilt: 4, 4. Baskı, Ankara, 2022.
- SEMERCİ VURALOĞLU, Tuğba, Sermaye Piyasası Kanunu'na Göre Anonim Ortaklıkta Ayrılma Hakkı, İstanbul, 2018.
- SEMERCİ VURALOĞLU, Tuğba, "Halka Açık Ortaklıkların Önemli Nitelikteki İşlemleri ve Ayrılma Hakkına İlişkin Yeni Düzenlemelerin Değerlendirilmesi", Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 16, Sayı: 197-198, Ocak-Şubat 2021, s. 281-318.

- SEVİ, Ali Murat, Anonim Ortaklıkta Payın Devri, 3. Baskı, Ankara, 2014.
- ŞENER, Oruç Hami, Teorik ve Uygulamalı Ortaklıklar Hukuku, 4. Baskı, Ankara, 2019.
- TANNER, Brigitte, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Obligationenrecht, 5. Teil Die Aktiengesellschaft, Teilband V 5b Die Generalversammlung Art. 698-706b OR, Zürich, 2003.
- TARHAN, Damla Gül, Halka Açık Anonim Ortaklıklarda Önemli Nitelikteki İşlemler ve Sonuçları, İstanbul, 2018.
- TEKİNALP, Ünal, Anonim Ortaklıkta Yeni Bağlam Sisteminin Esasları, Pay Defteri Hukuku ile, İstanbul, 2012.
- TEKİNALP, Ünal, Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku, İstanbul, 2020.
- Türk Dil Kurumu, Güncel Türkçe Sözlük, <https://sozluk.gov.tr/>
- TÜRKYILMAZ, İsmail, Sermaye Piyasası Hukukunda Pay Alım Teklifi Zorunluluğu, İstanbul, 2015.
- UZEL, Necdet, Anonim Ortaklıkta Esas Sözleşmesel Bağlam, İstanbul, 2013.
- YEŞİLTEPE, Salih Önder, Halka Açık Anonim Ortaklıklarda Çıkarma ve Satma Hakları, 2. Baskı, Ankara, 2015.
- YÜKSEL, Sinan H., “Borsaya Kote Edilmemiş Bağlı Nama Yazılı Payların Devrinde Şirketin Alım Önerisinde Bulunarak Onay İstemi ni Reddetme Hakkı (Kaçış Klozu)”, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2013/2, s. 159-217.



## YÜKSEKÖĞRETİM KURUMU ÖĞRENCİLERİNE VERİLEN DİSİPLİN CEZALARININ ÖZLÜK DOSYALARINDAN SİLİNMEMESİ SORUNU

Dr. Öğr. Üyesi Zehra KARAKUŞ IŞIK\*

### Öz

Yükseköğretim kurumu öğrencilerine verilen disiplin cezaları, öğrencinin özlük dosyasına işlenmekte ve bu cezanın affa uğraması veya yargı kararıyla hukuka aykırılığının tespit edilmesi hususları ile sınırlı olarak özlük dosyasından silinmesi mümkün olmaktadır. Yükseköğretim kurumlarında görev yapmakta olan; memurlar hakkında 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nda, öğretim elemanları hakkında ise 2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu'nda disiplin cezalarının bazı şartların varlığı halinde özlük dosyalarından silinmesine ilişkin açık hükümler yer almaktadır. Ancak, yükseköğretim kurumu öğrencilerine verilen disiplin cezalarının özlük dosyalarından silinmesine ilişkin herhangi bir düzenleme mevzuatta bulunmamaktadır. Bu bağlamda çalışmada, yükseköğretim kurumu öğrencilerine verilen disiplin cezalarının özlük dosyalarından silinmesine ilişkin mevzuatta bir düzenleme olmamasının olumsuz sonuçlarına yer verilirken, çalışma konusuyla doğrudan ilgili Kamu Denetçiliği Kurumu kararı çerçevesinde bu boşluğun nasıl doldurulabileceğine açıklık getirilecektir.

\* Dr. Öğr. Üyesi, Ondokuz Mayıs Üniversitesi Ali Fuad Başgil Hukuk Fakültesi, İdare Hukuku Anabilim Dalı, Samsun, Türkiye | Asst. Prof., Ondokuz Mayıs University Ali Fuad Başgil Faculty of Law, Department of Administrative Law, Samsun, Turkey.

✉ zehra.karakus@omu.edu.tr • ORCID 0000-0003-2637-4273

✘ **Atf Şekli** | Cite As: KARAKUŞ IŞIK Zehra, "Yükseköğretim Kurumu Öğrencilerine Verilen Disiplin Cezalarının Özlük Dosyalarından Silinmemesi Sorunu", *SÜHFD.*, C. 30, S. 4, 2022, s. 2127-2161.

✘ **İntihal** | Plagiarism: Bu makale intihal programında taranmış ve en az iki hakem incelemesinden geçmiştir. | This article has been scanned via a plagiarism software and reviewed by at least two referees.

✘ Bu eser Creative Commons Atf-GayriTicari 4.0 Uluslararası Lisansı ile lisanslanmıştır. | This work is licensed under Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License.

## Anahtar Kelimeler

Disiplin Cezası • Öğrenci Özlük Dosyası • Özlük Dosyasından Silinme  
• Özlük Dosyası • Hukuki Boşluk

## THE PROBLEM OF UN-EXPUNGEMENT STUDENT CONDUCT RECORDS WITH DISCIPLINARY PENALTIES GIVEN STUDENTS IN HIGHER EDUCATION INSTITUTION

### Abstract

Disciplinary penalties given to students of higher education institutions are recorded in the student conduct record and it is only possible to expunge the penalties from the conduct record, limited to the issue of amnesty or determination of contradiction to law by a administrative judicial decision. For the employees working in higher education institutions, there are clear provisions regarding the expungement of disciplinary penalties from the personnel files in the presence of certain conditions in the Civil Servants Law No. 657 which cover administrative staff and in higher education institutions and in Higher Education Law No. 2547 particularly on academic staff. However, there is no regulation in the legislation regarding the deletion of disciplinary penalties given to students of higher education institutions from the student conduct records. In this context, while this study discovers the negative consequences of the lack of a regulation in the legislation regarding the expungement of disciplinary penalties given to higher education institution students from the student conduct records, it will be clarified how this gap can be filled within the framework of the Ombudsman Institution's decision which is directly related to the main question of this article.

### Key Words

Disciplinary Penalty • Student Conduct Record • Expungement • Personnel File • Gaps in Law

## GİRİŞ

Üniversiteler, Anayasa'nın 130. maddesinin birinci fıkrasına göre, çağdaş eğitim-öğretim esaslarına dayanan bir düzen içinde milletin ve ülkenin ihtiyaçlarına uygun insan gücü yetiştirmek amacı ile çeşitli düzeylerde eğitim-öğretim, bilimsel araştırma, yayın ve danışmanlık yapmak, ülkeye ve insanlığa hizmet etmek üzere kurulmuşlardır. Bu hizmetin akşamadan yürütülmesi ve kurumda düzenin sağlanması kamu hizmetinin sürekliliği ilkesi gereğince bir zorunluluktur. Kamu düzenini bozan öğrenci hakkında öngörülen disiplin cezası aracılığıyla da düzen bozucu eylemi bir daha yapmaması için uyarılmakta ve üniversitenin sunmuş



olduğu hizmetten faydalanan diğer öğrencilerin eğitim ve öğretim alma hakları korunmaktadır.

Yükseköğretim kurumuna kayıtlı öğrencilerin uyması gereken kurallar ve bu kurallara uyulmaması halinde verilebilecek disiplin cezaları, genel kanun niteliğindeki 2547 sayılı Kanun'un<sup>1</sup> 54. maddesinde düzenlenmiştir. Bu cezalar; "uyarma", "kınama", "bir haftadan bir aya kadar uzaklaştırma", "bir veya iki yarıyıl için kurumdan uzaklaştırma" ve "yükseköğretim kurumundan çıkarma" şeklinde düzenlenmiştir. Söz konusu maddede, ağırlığına göre disiplin cezalarına konu olabilecek eylemlere; disiplin cezası vermeye yetkili mercilere ve kısaca disiplin cezalarına ilişkin usul ve esaslara yer verilmiştir.<sup>2</sup> Aynı Kanun'un 65. maddesinin (a) fıkrasının (9) numaralı bendinde; öğrencilerin disiplin işlemleri, disiplin amirlerinin yetkileri ve disiplin kurullarının teşkili, disiplin kurullarının çalışması ve (11) numaralı bendinde ise öğrencilerin sicilleri ile ilgili hususların Yükseköğretim Kurulu tarafından çıkarılacak yönetmelikle düzenleneceği ifade edilmiştir. Bu çerçevede, 25.04.1984 tarih ve 18382 sayılı Resmi Gazete'de Yükseköğretim Üst Kuruluşları ile Yükseköğretim Kurumları Sicil Yönetmeliği ile 18.08.2012 tarih ve 28388 sayılı Resmi

<sup>1</sup> RG 06.11.1981-17506.

<sup>2</sup> "Soruşturma, yetkiler ve cezalar: a. Yükseköğretim kurumları içinde veya dışında yükseköğretim öğrenciliği sıfatına, onur ve şerefine aykırı harekette bulunan, öğrenme ve öğretme hürriyetini, doğrudan doğruya veya dolaylı olarak kısıtlayan, kurumların sükün, huzur ve çalışma düzenini bozan, boykot, işgal ve engelleme gibi eylemlere katılan, bunları teşvik ve tahrik eden, yükseköğretim mensuplarının şeref ve haysiyetine veya şahıslarına tecavüz eden veya saygı dışı davranışlarda bulunan ve anarşik veya ideolojik olaylara katılan veya bu olayları tahrik ve teşvik eden öğrencilere; eylem başka bir suç oluşturursa bile ayrıca uyarma, kınama, bir haftadan bir aya kadar veya bir veya iki yarıyıl için kurumdan uzaklaştırma veya yükseköğretim kurumundan çıkarma cezaları verilir. b. Bir fakülte, enstitü veya yüksekokulun içinde veya dışında öğrencilerin işlemiş oldukları disiplin suçlarından dolayı soruşturma yapmaya ve doğrudan gerekli cezayı vermeye veya disiplin kuruluna sevk etmeye ilgili fakülte dekanı, enstitü veya yüksekokul müdürü yetkilidir. c. Disiplin soruşturmasına, olay öğrenilince derhal başlanılır ve soruşturma engeç onbeş gün içinde sonuçlandırılır. d. Hakkında kovuşturma yapılan öğrenciye sözlü veya yazılı savunma hakkı verilir. Tanınan süre içinde savunma yapmayan öğrenci bu hakkından vazgeçmiş sayılır. e. Disiplin cezaları, ilgili öğrenciye yazı ile bildirilir. Durum, öğrenciye burs veya kredi veren kuruluşa ve Yükseköğretim Kuruluna duyurulur. Yükseköğretim kurumundan çıkarma kararlarına karşı onbeş gün içinde üniversite yönetim kuruluna itiraz edilebilir. Cezalar öğrencinin dosyasına ve siciline işlenir. f. Bu maddeye göre yapılacak işlemler sırasında gerekirse öğrenciye, bağlı bulunduğu öğretim kuruluşunda, ilan yoluyla tebligat yapılabilir. g. Yükseköğretim kurumundan çıkarma kararı bütün yükseköğretim kurumlarına, Yükseköğretim Kurulu, emniyet makamları ve ilgili askerlik şubelerine bildirilir."

Gazete’ de Yükseköğretim Kurumları Öğrenci Disiplin Yönetmeliği<sup>3</sup> yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.

Yükseköğretim kurumlarında görev yapmakta olan; memurlar hakkında 657 sayılı Kanun’da, öğretim elemanları hakkında ise 2547 sayılı Kanun’da öngörülen disiplin cezalarının belli şartlar altında özlük dosyasından silinmesine ilişkin hükümler bulunmaktadır. Ancak yükseköğretim kurumu öğrencilerine verilen disiplin cezalarının özlük dosyalarından silinmesine ilişkin bu sayılan Kanunlarda hüküm bulunmadığı gibi 2547 sayılı Kanun’un 65. maddesi uyarınca çıkarılan yönetmeliklerde de bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu noktada akıllara şöyle bir soru gelmektedir: *“Varsayalım ki hukuk kuralında bir şey hakkında hüküm vardır; ama aynı kuralda o şeyin dışındaki bir şey hakkında hüküm yoktur. Acaba böyle bir durumda, kuralda düzenlenmemiş şey hakkında, kuralda düzenlenen şeyeye bağlanan hüküm uygulanabilir mi?”*<sup>4</sup> Bu cümlede geçen “bir şey ibaresinin yerine “disiplin cezalarının silinmesi” ibaresi getirildiğinde tam olarak çalışma konusuna kaynaklık eden soruna işaret edilmiş olunmaktadır. Mevzuattaki boşluk, Kamu Denetçiliği Kurumu kararına konu olmasıyla dikkatleri üzerine çekmiştir. Öğrencilik döneminde alınan disiplin cezasının özlük dosyasından silinmesine ilişkin idareye yapılan başvurunun reddedilmesi üzerine Kamu Denetçiliği Kurumuna yapılan başvuru sonucunda Kurum, öğrenciler hakkında tutulan sicillerin nasıl silineceği yönünde belirsizlik olmasını hukuka ve hakkaniyet aykırı bulmuştur. 2547 sayılı Kanun’da ve ilgili yönetmeliklerde öğrenciler hakkında verilen disiplin cezalarının özlük dosyalarından silinmesine ilişkin herhangi bir düzenleme olmadığından, Kamu Denetçiliği Kurumunun da tavsiye kararı dikkate alınarak 2547 sayılı Kanun hükümlerinin “kıyas” veya “evleviyet” yolu ile yükseköğretim kurumu öğrencileri hakkında uygulanabilirliğinin tartışılması gerekmektedir.

### **I) Hukuki Sorun ve Kamu Denetçiliği Kurumunun Görüşü**

Yükseköğretim kurumu öğrencileri hakkında öngörülen disiplin cezalarına ve disiplin suçu teşkil eden eylemlere 2547 sayılı Kanun’un 54. maddesinde yer verilmiştir. Disiplin cezalarının hangi hallerde özlük dosyasından silineceği sorunu başta olmak üzere birçok önemli hususa

<sup>3</sup> Bu Yönetmelik, 13.01.1985 tarih ve 18634 sayılı Yükseköğretim Kurumları Öğrenci Disiplin Yönetmeliği’ni mülga etmiştir. (Mülga edilen Yönetmelik için bkz. <<https://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/18634.pdf>>).

<sup>4</sup> GÖZLER, Kemal, Hukuka Giriş, 17. Baskı, Bursa, Ekin Yayınevi, 2020, s. 366.

söz konusu maddede yer verilmemiş, kanun koyucunun bu boşlukların yönetmelik ile doldurulacağına işaret etmiştir. 2547 sayılı Kanun'un 65. maddesinin (a) fıkrasının (11) numaralı bendi gereğince, öğretim elemanları, memur ve diğer personel ile öğrencilerin sicilleri ile ilgili hususlar hakkında Yükseköğretim Kurulu tarafından Yükseköğretim Üst Kuruluşları ile Yükseköğretim Kurumları Sicil Yönetmeliği çıkarılmıştır. Bu Yönetmelik'te, öğrenci sicilleri ile tek düzenleme 10. maddede yer alan, "öğrencilerin öğrenimlerinin devamı sırasında aldıkları ödül ve cezalar sicil fişlerine işlenerek dosyasında saklanır" hükmüdür. Yükseköğretim Kurulu tarafından çıkarılan bir diğer yönetmelik, 2547 sayılı Kanun'un 65. maddesinin (a) fıkrasının (9) numaralı bendine dayanılarak hazırlanan Yükseköğretim Kurumları Öğrenci Disiplin Yönetmeliği'dir. Bu Yönetmelik'te, mevzuatta yer almayan fiiller hakkında da disiplin cezası verilebileceği ve disiplin suçunun tekrür etmesi halinde bir derece ağır cezanın uygulanacağı<sup>5</sup> gibi öğrenciler bakımından ağırlaştırıcı hükümler öngörülmesi olmasına karşın öğrencilerin lehine bir uygulama olan disiplin cezalarının özlük dosyasından silinebilmesine ilişkin herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır.

Kanun koyucunun öngördüğü şekilde bir düzenlemeden bahsedebilmek için öğrencilerin dosyasına işlenen disiplin cezalarına ilişkin bilgilerin ne şekilde ve ne kadar süre tutulacağına, ne zaman silineceğine ve disiplin cezasının silinmesinde hangi makamların yetkili olduğuna açıklık getirilmesi gerekmektedir.<sup>6</sup> Sözü edilen yönetmeliklerde, öğrenciler hakkında uygulanacak disiplin cezalarının, disiplin cezalarını gerektiren disiplin suçlarının, disiplin soruşturmasında gözetilecek usul ve esasların düzenlendiği ancak disiplin cezalarının özlük dosyasından silinmesine ilişkin herhangi bir düzenlemeye yer verilmediği anlaşılmaktadır. Diğer yandan, öğretim elemanlarına verilecek disiplin cezalarının hangi

<sup>5</sup> Yönetmeliğin disiplin suçunun tekrürü başlıklı 11. maddesinde: "Disiplin cezası verilmesine sebep olmuş bir eylemin tekrüründe bir derece ağır ceza uygulanır. Disiplin suçunun tekrürü halinde yükseköğretim kurumundan çıkarma cezası verilemez." hükmü yer almaktadır.

<sup>6</sup> ŞEN, Ersan, "Öğrenci Disiplin Cezalarının Silinmesi", 14.10.2015, <<https://www.haber7.com/yazarlar/prof-dr-ersan-sen/1599421-ogrenci-disiplin-cezalarinin-silinmesi>>, E.T. 14.01.2022; Bu yöndeki açıklamalar için ayrıca bkz. BOULANGER, Özge Didem, "Disiplin Cezalarının Özlük Dosyalarından Silinmesi ve Cezalara İlişkin Bilgilerin Üçüncü Kişilere Verilmesi Meselesi", Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Yıl: 13, S. 50, Nisan 2022, s. 228- 229.

koşullarda silinebileceğine ilişkin 2547 sayılı Kanun'un 53/G maddesinde de yükseköğretim öğrencilerinden bahsedilmediği görülmektedir.

Öncelikle belirtmek gerekir ki, kanun koyucunun birçok hususu 2547 sayılı Kanun'da düzenlemesine rağmen, disiplin cezasının silinmesine ilişkin düzenleme yapılmasını ilgili idareye bırakması bilinçli bir tercihtir. Yükseköğretim kurumu öğrencileri lisans eğitimleri boyunca yalnızca bir defa disiplin cezası almış olsalar dahi, bu disiplin cezasının silinmesi talebiyle mezun oldukları üniversitelere başvurduklarında mevzuatta hüküm bulunmadığından öğrencilerin taleplerine olumsuz yanıt verilmektedir.

Kamu Denetçiliği Kurumu kararına konu olan olayda da Fatih Sultan Mehmet Vakıf Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekanlığı tarafından öğrenciye sınavda kopya çekmeye teşebbüs ettiği gerekçesiyle uyarma cezası verilmiştir. Bu disiplin cezasının YÖKSİS ve öğrenci disiplin durum belgesine işlenmesi üzerine, başvuru bir süre sonra kendisine verilen disiplin cezasının özlük dosyasından silinmesi talebiyle Üniversiteye başvuruda bulunmuştur. Üniversite Rektörlüğü vermiş olduğu cevabi yazıda; Yükseköğretim Kurumları Öğrenci Disiplin Yönetmeliği ve Yükseköğretim Üst Kuruluşları ile Yükseköğretim Kurumları Sicil Yönetmeliği<sup>7</sup> hükümlerine göre işlem yapıldığı vurgulanarak, başvuru talebinin reddedildiği ifade edilmiştir. Bunun üzerine öğrenci, Yükseköğretim Kurumları Öğrenci Disiplin Yönetmeliği'nde disiplin cezalarının sicilden silinmesi hususunda bir süre veya şart öngörülmediğinden, bu yaratılan belirsizliğin giderilmesi ve öğrenci sicilleri ile ilgili düzenleme yapılması talebiyle Kamu Denetçiliği Kurumuna başvuruda bulunmuştur. Kurum, disiplin cezasının öğrenci disiplin durum belgesi ve YÖKSİS'e işlenmesiyle birlikte cezanın olumsuz etkisini başvuranın mezuniyeti sonrasında da sürdüreceğini göz önüne alarak, bu cezanın bir ömür boyu öğrencinin omuzlarına yüklenmesinin ölçülülük ilkesi açısından kabul edilebilir olmadığını ifade etmiştir. Sonuç olarak, öğrenci disiplin cezalarına ilişkin sicillerin tutulması ve belli konular çerçevesinde silinebilmesi hususlarında açık ve net düzenlemeler yapılması hususunda Yükseköğretim Kurulu Başkanlığına tavsiyede bulunulmasına karar vermiştir.<sup>8</sup> Kamu Denetçiliği Kurumunun anılan kararı ve üniversitelerin öğrencilere verilen disiplin cezalarının özlük dosyasından silinmesine ilişkin yaptıkları

<sup>7</sup> RG 25.04.1984-18382.

<sup>8</sup> KDK 2019/16150 B.N., 17.03.2020, < <https://kararlar.ombudsman.gov.tr/> >, 25.12.2021.

başvurular neticesinde Yükseköğretim Kurulu Başkanlığı Hukuk Müşavirliğinin 17.07.2020 tarihli yazısıyla bu konuya açıklık getirilmiştir. Söz konusu yazıda üniversiteleri, öğrencinin durumuna ilişkin düzenlenen belgelerde (öğrenci belgesi, transkript vb.) öğrencilerin aldığı disiplin cezalarına yer vermemeleri gerektiği vurgulanmış, ancak mevzuata uygun olarak kurumların talepte bulunmaları halinde disiplin cezalarının bildirilmesi gerekliliği ifade edilmiştir.<sup>9</sup>

Başvurucunun da itirazında belirttiği üzere, adli suç ve cezalara ilişkin 5352 sayılı Adli Sicil Kanunu'nda dahi suç işleyen kişilerin bu sıfatlarından kurtulmalarına yardımcı hükümlerin<sup>10</sup> varlığı karşısında disiplin cezalarının öğrenci özlük dosyasından silinmesinin düzenlenmesinin gerekliliği haklar dengesi ve evleviyet kurallarına uygun düşecektir.<sup>11</sup> Kamu Denetçiliği Kurumunun tavsiye kararına konu olan Rektörlüğün olumsuz cevabi yazısı aslında kendi içinde tutarlı görünse de içerik itibarıyla incelendiğinde mevzuattaki boşluğa işaret etmektedir. Bu kapsamda, 2547 sayılı Kanun'da öğretim elemanları hakkında verilen disiplin cezalarının özlük dosyasından silinebilmesine ilişkin düzenlemelerin kıyasen yükseköğretim kurumu öğrencileri bakımından uygulanabilirliğinin değerlendirilmesi gerekmektedir. Ancak öncelikle, yükseköğretim kurumu öğrencilerine verilen disiplin cezalarının disiplin hukukunun amacı bakımından incelenmesinde fayda vardır.

## II) Disiplin Cezalarının Amacı

Disiplin, bir topluluğun amacını gerçekleştirebilmesi için bireyleri önceden belirlenmiş kurallara uymaya sevk eden kuvvet şeklinde tanımlanırken,<sup>12</sup> hukuki olarak disiplin kelimesi istenmeyen bir fiilin sonucunda uygulanan yaptırımı ifade etmek için kullanılır.<sup>13</sup> Disiplin suçları

<sup>9</sup> 17.07.2020 tarihli Yükseköğretim Kurulu Başkanlığının Öğrenci Disiplin Cezaları Konulu Yazısı, <<https://cdn.bartın.edu.tr/oidb/c6736ae736a38d1ea0ef21155b4b5f7f/17.07.2020-tarihli-ogrenci-disiplin-cezaları-konulu-yok-yazisi.pdf>>, E.T. 14.01.2022.

<sup>10</sup> 5352 sayılı Kanun'un Adli Sicil Bilgilerinin Silinmesi başlıklı 9. maddesinin birinci fıkrasında: "*Adli sicildeki bilgiler; a) Cezanın veya güvenlik tedbirinin infazının tamamlanması, b) Ceza mahkûmiyetini bütün sonuçlarıyla ortadan kaldıran şikayetten vazgeçme veya etkin pişmanlık, c) Ceza zamanaşımının dolması, d) Genel af, Halinde Adli Sicil ve İstatistik Genel Müdürlüğüne silinerek, arşiv kayda alınır.*" hükmü yer almaktadır.

<sup>11</sup> ŞEN, "Öğrenci Disiplin Cezalarının Silinmesi"; BOULANGER, s. 236.

<sup>12</sup> GELEGEN, Taner, "Kamu Yönetimde Disiplin ve Disiplin Cezaları", *Danıştay Dergisi*, Cumhuriyetin 50. Yılı Özel Sayı, 1973, s. 221.

<sup>13</sup> SANCAKDAR, Oğuz, *Disiplin Yaptırımı Olarak Devlet Memuriyetinden Çıkarma*, Ankara, Yetkin Yayınları, 2001, s. 119. Diğer tanımlar için bkz. IŞIKLAR, Celal,

ise genel olarak, “kamu hizmetinin, hizmetten yararlananlara düzenli ve verimli bir şekilde sunulması için kurum içi düzeni, disiplini ve hizmeti sunanların statüsünü düzenleyen normlara aykırı hal ve davranışlar” şeklinde ifade edilir.<sup>14</sup> Kamu hizmetinin sürekli, düzenli, etkin ve hizmetin niteliğine uygun şekilde yerine getirilebilmesi için çalışma düzenini bozan davranışların önlenmesi ve gerektiğinde bu davranışların cezalandırılması gerekir.<sup>15</sup> Disiplin cezaları, idarenin statüsel ilişki içinde olduğu memur, öğrenci veya kamu kurumu niteliğinde meslek kuruluşu üyeleri gibi kişilere buldukları statünün kurallarına aykırı davranışları halinde uygulanan yaptırımlardır.<sup>16</sup> Bu amaçla yasaklanan disiplin suçu teşkil eden eylemler sadece iç işleyişe ilişkin olmayıp, hizmetten yararlananları etkileyen eylemleri de kapsar. İdari makamlar kamu düzenini bozmaya yönelik ihlallerin ortaya çıkmasını önlemeye ve kamu hizmetinin en iyi şekilde yürütülmesini sağlamaya çalışır.<sup>17</sup> Böylece idari makamlar kamu hizmetlerinin sürekli, düzenli ve güvenli yürütülmesini sağladıkları gibi devletin saygınlığını da korurlar.<sup>18</sup> Bu sürecin bir parçası olan öğrencilerin, kamu hizmetinin düzenliliği ve sürekliliği ilkeleri gereğince eğitim-öğretim düzenini bozan davranışlarının cezalandırılması gerekebilir. Nihayetinde öğrenciler, öğrencilik statüsüne girmekle sınırları önceden

---

Teoride ve Uygulamada Kamu Disiplin Yaptırımları, Ankara, Adalet Yayınevi, 2019, s. 50-51; ÇAĞLAYAN, Ramazan, İdare Hukuku, 6. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi, 2018, s. 525-526; ATAY, Ender Ethem, İdare Hukuku, 6. Baskı, Ankara, Turhan Kitabevi, s. 934.

<sup>14</sup> AKYILMAZ, Bahtiyar, “Anayasal Esaslar Çerçevesinde Kamu Personeli Disiplin Hukuku ve Uygulamadaki Sorunlar”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 6, S. 2, Haziran-Aralık 2002, s. 242.

<sup>15</sup> KAYA, Cemil, “Memur Disiplin Suç ve Cezalarında ve Disiplin Soruşturmasına Hâkim Olan Temel İlkeler”, Amme İdaresi Dergisi, C. 38, S. 2, 2005, s. 61-62; ASLAN, Zehreddin /ALTINDAĞ, Halil, Memurların Disiplin Ceza Soruşturması (2547 sayılı Kanun Kapsamında Çalışanların Disiplin ve Ceza Soruşturması Dahil), Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2020, s. 25.

<sup>16</sup> KAMAN KARAN, Nur, Devlet Memurluğunun Sona Ermesi, Ankara, Seçkin Yayınevi, 2003, s. 95; ULUSOY, Ali Dursun, İdari Yaptırımlar, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2013, s. 149.

<sup>17</sup> ÇİFTÇİOĞLU, Cengiz Topel, “2802 Sayılı Hâkimler ve Savcılar Kanununa Göre Hâkim ve Savcıların Disiplin Soruşturmaları”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 13, S. 1, 2011, s. 131-132.

<sup>18</sup> Danıştay 10. D. 05.04.1988, E 1987/487, K. 1988/576, Danıştay Dergisi, Sayı: 72-73, 1989, s. 658.

belirlenmiş ödev ve sorumlulukları yerine getirmekle ve bazı yasakları ihlal etmemekle yükümlü hale gelmektedirler.

Bu kapsamda, eğitim ve öğretim kurumlarında düzenin korunması ve yürütülen hizmetin daha düzgün işlemesi adına yükseköğretim kurumundan hizmet alanlara disiplin cezası verilmesi öngörülmüştür.<sup>19</sup> Disiplin cezaları, idarenin ağır ve zedeleyici işlemlerinin çekirdeğini oluşturur.<sup>20</sup> Cezanın, disiplin suçu sayılan hal veya davranışı gerçekleştiren öğrenciye uygulanmasıyla yükseköğretim kurumu içinde huzur, sükûn ve disiplinin sağlandığı, bu şekilde eğitim ve öğretim faaliyetleri ile bağdaşmayan, eğitim ve öğretim faaliyetlerinin yürütülmesine engel olan fiil ve davranışların önlenmesinin amaçlandığı ifade edilir.<sup>21</sup> Bu noktada disiplin cezalarının bir yaptırım mı yoksa bir eğitim aracı olarak mı değerlendirilmesi gerektiğine açıklık getirilmesine ihtiyaç duyulmaktadır.<sup>22</sup>

Disiplinin amacının ne olması gerektiği hususunda iki yaklaşım vardır. Bunlar; disipline bastırıcı işlev yükleyen, sert ve şiddetli yaptırımlarla bunu destekleyen “otokratik disiplin” ve disipline yapıcı işlev yükleyen “demokratik disiplin” anlayışıdır.<sup>23</sup> Otokratik disiplin anlayışında, yaptırımların sert ve şiddetli olması öngörülmekteyken, demokratik disipline yapıcı bir anlayış hâkimdir.<sup>24</sup> Otokratik disiplin korkuya dayanan bir modeldir. Bu disiplin türünde kişilerin davranışlarını kontrol eden kuvvet dışarıdan gelmekte ve astlar üzerinde istenmeyen bir baskı olarak kendini göstermektedir. Kişi sürekli kontrol altındadır. Sürekli ve yakın kontrol altında olması disiplin yaptırımına tabi olan kişilerin huzursuzluğunu arttırır. Bu haliyle, disiplin cezaları sert ve şiddetli bir yaptırıma dönüşür.<sup>25</sup> 657 sayılı Kanun bu ayrıma göre değerlendirildiğinde, Kanun’daki “amir”, “uyulma zorunluluğu” ve “yasaklamak” gibi

<sup>19</sup> ULUSOY, s. 169.

<sup>20</sup> AKILLIOĞLU, Tekin, Yönetim Önünde Savunma Hakkı, Türkiye ve Ortadoğu Amme İdaresi Enstitüsü Yayınları No: 206, Ankara, 1983, s. 169; AKYILMAZ, s. 243.

<sup>21</sup> Danıştay 8. D. 09.05.2016, E. 2012/9483, K. 2016/4594, Danıştay Savcısı Düşüncesi, <<https://idari.adu.edu.tr/hukukmusavirligi/webfolders/private/20210415143124-7M1Q9EK2MAHKEMEKRAR-000063362114252418218761.pdf>>, E.T. 12.02.2022.

<sup>22</sup> SANCAKDAR, s. 121- s. 147-148.

<sup>23</sup> SANCAKDAR, s. 121-122; IŞIKLAR, s. 52. Bu ayrımı benimseyen Gelegen ayrıca, demokratik disiplin anlayışının düzeltici ve öğretici yanına dikkat çekmektedir (GELEGEN, s. 222-223).

<sup>24</sup> SANCAKDAR, s. 121-122; IŞIKLAR, s. 52.

<sup>25</sup> GELEGEN, s. 222.

terimlerin otokratik disiplini,<sup>26</sup> kamu görevlilerine verilen disiplin cezalarının Kanun'da belirtilen süreler içerisinde herhangi bir disiplin suçu işlenmediği takdirde silinebileceğinin öngörülmesi ise yapıcı yaklaşımı yansıttığı ifade edilmektedir.<sup>27</sup>

Modern hukuk devletlerinde artık disiplin cezalarıyla kurum düzeni ve devletin saygınlığını korku ve baskı yaratmak suretiyle değil; cezanın muhatabını eğiterek, düzelterek veya inandırarak koruma anlayışı hâkimdir.<sup>28</sup> Günümüzde “disiplin” olarak adlandırılan cezalandırıcı davranış şeklinin giderek etkisini kaybettiği, en iyi kontrolün kişinin kendi benliğinde gelişmesi gerektiği görüşünün kabul görmeye başladığı ifade ediliyorsa da,<sup>29</sup> yükseköğretim kurumu öğrencileri bakımından bu yaklaşımın kabul gördüğünü söylemek pek mümkün değildir. Zira disiplin cezalarının özlük dosyasından silinmesine ilişkin bir düzenleme yapılmamış olması sebebiyle, yükseköğretim de disiplinin bir eğitim aracı olduğu yaklaşımından uzaklaşıldığı sonucuna ulaşılabilir.

Ceza yaptırımı ve disiplin yaptırımı birbirinden ayrı olmakla birlikte,<sup>30</sup> ceza hukukuna en fazla yaklaşan idari yaptırım türünün disiplin cezaları olduğu ifade edilir.<sup>31</sup> Bu sebeple, disiplin yaptırımına açıklık getirilirken ceza yaptırımına ilişkin ilkelerden faydalanılmaktadır.<sup>32</sup> Disiplin kelimesi kullanıldığında akla nasıl yaptırım kavramı geliyorsa, suç

<sup>26</sup> SANCAKDAR, s. 122.

<sup>27</sup> ÖRÜCÜ, Esin, “Disiplin Cezaları 657 Sayılı Devlet Memurları Kanunu Sistemi”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. XXXII, S. 2-4, 1966, s. 787; SANCAKDAR, s. 122.

<sup>28</sup> AKYILMAZ, s. 243; Benzer açıklamalar için bkz. IŞIKLAR, s. 96.

<sup>29</sup> ÖRÜCÜ, s. 783.

<sup>30</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz. ÖRÜCÜ, s. 796-798; ÇAĞLAYAN, s. 527-528; ASLAN/ALTINDAĞ, s. 26-27; ATAY, s. 935-936.

<sup>31</sup> KAMAN KARAN, s. 95.

<sup>32</sup> Doktrinde, “suç ve cezalara ilişkin temel ilkelerden olan; cezaların şahsiliği ilkesi, kanunilik ilkesi, savunma hakkının verilmesi ilkesi, soruşturmanın gizliliği ilkesi, hukuka aykırı delil yasağı ve bir fiilden dolayı bir kez cezalandırma” gibi ilkelerin disiplin suç ve cezaları bakımından da geçerli olduğu ifade edilmektedir. (ÖZTÜRK, İlhami/ SÜMER, Arif Emre, “Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında Yükseköğretim Öğrencileri Disiplin Rejiminin Suçta ve Cezada Kanunilik İlkesi Bakımından Değerlendirilmesi”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 27, S. 2, Aralık 2021, s. 1044). Ayrıca bkz. AKYILMAZ, Bahtiyar/SEZGİNER, Murat /KAYA, Cemil, Türk İdare Hukuku, 14. Baskı, Ankara, Savaş Yayınevi, 2021, s. 72; ÇAĞLAYAN, s. 531-538.



kavramı kullanıldığında da ceza yaptırımı akla gelmektedir.<sup>33</sup> Disiplin yaptırımı ile kamu hizmetinin en iyi şekilde sunulması amaçlanırken, ceza yaptırımlarına toplumsal düzenin sağlanması düşüncesi hâkimdir.<sup>34</sup>

Suç işleyen kişinin cezalandırılması gerektiğine şüphe olmamakla birlikte, cezanın amacının ne olması gerektiği yönünde farklı yaklaşımlar bulunmaktadır.<sup>35</sup> Gelecekte suç işlenmesinin önlemesi ve gerçekleştirilen kötülüğün ödettirilmesi amaçlarının bir arada gerçekleşmesinin öngörüldüğü karma görüş doktrinde kabul gören anlayıştır.<sup>36</sup> Bugün gelinen noktada, cezanın tek bir amacı olduğunu söylemek mümkün değildir. Bu bağlamda cezanın amacı, toplumun suçtan korunması ve potansiyel suçluların caydırılması olduğu kadar cezanın failinin ıslah edilerek topluma kazandırılmasıdır.<sup>37</sup> 5352 sayılı Adli Sicil Kanunu, bu sayılan amaçların gerçekleştirilmesine hizmet etmektedir. Bu Kanunda, kişiler hakkında kesinleşen ceza ve güvenlik tedbirlerinin adli sicile kaydedilmesine ilişkin usul ve esaslar düzenlenmektedir.<sup>38</sup> 5352 sayılı Kanun'un 4. maddesinde, Türk mahkemeleri tarafından vatandaş veya yabancı hakkında verilmiş ve kesinleşmiş mahkûmiyet hükümlerinin adlî sicile kaydedileceği ifade edilmiş, 12. maddesinde ise adli sicil ve arşiv bilgilerinin hangi hallerde silineceğine açıklık getirilmiştir.<sup>39</sup> Bu düzenlemelere bakıldığında adli

<sup>33</sup> BACAŞIZ, Pınar, "Cezalandırma ve Topluma Yeniden Kazandırma", Hakan Pekcanitez'e Armağan, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 18, Özel Sayı, 2014, s. 4917.

<sup>34</sup> ÇAĞLAYAN, s. 528.

<sup>35</sup> Cezanın amacının ne olduğu konusundaki görüşler, mutlak teoriler (kefaret teorisi ve adalet teorisi), nisbi teoriler (özel önleme teorisi ve genel önleme teorisi) ve karma teori çerçevesinde incelenmektedir. (CENTEL, Nur, "Cezanın Amacı ve Belirlenmesi", Prof. Dr. Turhan Tufan Yüce'ye Armağan, Dokuz Eylül Üniversitesi Yayınları, İzmir, 2001, s. 337-348; TOPÇU, Namık Kemal /CAN, Neslihan, "Örgüt Suçlarından Mahkûm Olan Öğrencilerin Yükseköğretim Kurumundan Çıkarılmasının Cezaların İnfazının Amacı ve Eğitim Hakkı Bağlamında Değerlendirilmesi", Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XIX, 2022/1, s. 293-295).

<sup>36</sup> CENTEL, s. 356; TOPÇU/CAN, s. 296.

<sup>37</sup> CENTEL, s. 356, s. 371.

<sup>38</sup> "Bu Kanun, kesinleşmiş ceza ve güvenlik tedbirlerine mahkûmiyete ilişkin bilgilerin otomatik işleme tâbi bir sistem kullanılarak toplanmasına, sınıflandırılmasına, değerlendirilmesine, muhafaza edilmesine ve gerektiğinde en seri ve sağlıklı biçimde ilgililere bildirilmesine dair usul ve esasları" belirlemek amacıyla çıkarılmıştır. (5352 sayılı Adli Sicil Kanunu md. 1, RG 01.06.2005-25832).

<sup>39</sup> "a) İlgilinin ölümü üzerine, b) Anayasanın 76 ncı maddesi ile Türk Ceza Kanunu dışındaki kanunlarda bir hak yoksunluğuna neden olan mahkûmiyetler bakımından kaydın arşive

sicil ve arşiv bilgilerinin kişinin ölümü veya cezanın affa uğraması beklenmeksizin belirli bir süre geçtikten sonra kayıtlardan silinebileceği anlaşılmaktadır.<sup>40</sup> Ceza veya güvenlik tedbirinin adli sicile kaydedilmesi ile birlikte bu bilgiler sicilde kayıtlı olduğu süre boyunca, suç işleyen kişinin belli bir haktan yararlanması veya yetki kullanması sınırlanmaktadır.<sup>41</sup> Böylece suç işleyen kişi, aslında işlemiş olduğu suçun kefaretinin ödemeye devam etmektedir. Bu yoksunluk kişinin hayatı boyunca devam etmekte, anılan Kanun'da belirlenen süreler geçtikte sonra sicile kaydedilen ceza veya güvenlik tedbiri suç işleyen kişinin tekrar topluma kazandırılması amacıyla yönelik olarak adli sicilden silinmektedir.<sup>42</sup>

Adli Sicil Kanunu'nun 4. ve 5. maddeleri birlikte değerlendirildiğinde disiplin cezaları adli sicile kaydedilmediğinden, cezaların 5352 sayılı Kanun uyarınca silinmesi mümkün değildir. Disiplin cezalarının, adli cezaların bile sonradan silinmesinin öngörüldüğü adli sicile kaydedilmesi disiplin yaptırımına maruz kalan öğrencilerin lehine bir durum olarak ifade edilmektedir. Ancak diğer yandan, Yükseköğretim Kurumları Öğrenci Disiplin Yönetmeliği uyarınca disiplin cezalarının öğrencinin özlük dosyasına işlendiği ve özlük dosyasına işlenen cezaların silinmesi hakkında herhangi bir hüküm olmamasının da öğrenciler bakımından aleyhe sonuçlar doğurduğu hususunun göz ardı edilmemesi gerekir. Bu karşılaştırmadan, öğrencilere verilen disiplin cezalarının adli sicile işlenmesi gerektiği yönünde zorlama bir yorum yapılmamalıdır. Burada ifade edilmeye çalışılan şey, disiplin yaptırımına kıyasla daha ağır sonuçları olsa da ceza yaptırımının dahi adli sicile işlenmesi sonrasında silinmesi

---

*alınma koşullarının oluştuğu tarihten itibaren; 1. Yasaklanmış hakların geri verilmesi kararı alınması koşuluyla onbeş yıl geçmesiyle, 2. Yasaklanmış hakların geri verilmesi kararı alınması koşulu aranmaksızın otuz yıl geçmesiyle, c) Diğer mahkûmiyetler bakımından kayıtlı arşive alınma koşullarının oluştuğu tarihten itibaren beş yıl geçmesiyle, tamamen silinir. (2) Fiilin kanunla suç olmaktan çıkarılması halinde, bu suçtan mahkûmiyete ilişkin adli sicil ve arşiv kayıtları, talep aranmaksızın tamamen silinir. (3) Kanun yararına bozma veya yargılamanın yenilenmesi sonucunda verilen beraat veya ceza verilmesine yer olmadığı kararının kesinleşmesi halinde, önceki mahkûmiyet kararına ilişkin adli sicil ve arşiv kaydı tamamen silinir. (4) Akıl hastalığı nedeniyle hükmedilen güvenlik tedbirlerine ilişkin kayıtlar, infazının tamamlanmasıyla tamamen silinir."*

<sup>40</sup> Benzer hükümler için bkz. Adli Sicil Yönetmeliği md. 11 ve 13.

<sup>41</sup> ŞEN, Ersan, "Adli Sicil Kaydı", 07.10.2015, <<https://sen.av.tr/tr/makale/adli-sicil-kaydi>>, E. T. 13.03.2022.

<sup>42</sup> Adli Sicil Kanunu 10. madde gerekçesi (Lexpera İçtihat Bankası, <<https://www.lexpera.com.tr/mevzuat/gerekceler/adli-sicil-kanunu-madde-gerekceleri/1>>).

hakkında emredici normların bulunmasına karşın, öğrencilerin aldığı disiplin cezalarının silinmesine ilişkin bir düzenlemenin olmamasının doğurduğu çelişkili durumun varlığıdır.

Ceza yaptırımını uygulanmasının bireyin sosyal hayatına tesiri olduğu gibi<sup>43</sup> yükseköğretim öğrencilerine verilen disiplin cezalarının da öğrencinin eğitim hayatına etkisi olacağı muhakkaktır. Disiplin yaptırımını, emir verme gücünü kuvvetlendirmek, otoriteden sapmaları kontrol edebilmek ve uyumu sağlayabilmek için öngörülmüştür.<sup>44</sup> Disiplin cezasının verilmesiyle bu kuvvetin yaptırımın muhatabı öğrenci bakımından “yoksunluk”, disiplin yaptırımına maruz kalmamış diğer öğrenciler bakımından “caydırıcılık” şeklinde etkisini göstermesi beklenir. Ceza yaptırımlarının çoğu zaman disiplin cezalarına göre muhatabı üzerinde daha ciddi sonuçlar doğurduğuna şüphe yoktur. Ancak kişiler üzerinde normları ve yaptırımları ile ciddi sonuçları olan bir alanın muhatabının cezalandırılırken bile topluma yeniden kazandırılmasının üzerinde durulurken öğrencilerin bu anlayıştan uzak tutulması büyük bir çelişkidir. Kanaatimizce bunun sebebi, disiplin cezalarının, öğrencilerin eğitim ve öğretim hayatları hatta eğitim hayatı sonrasındaki etkileri hakkında bir farkındalığın olmamasıdır. Bu bağlamda, bir sonraki başlıkta disiplin cezalarının öğrencilik statüsü üzerindeki etkisinden bahsedilecektir.

### III) Disiplin Cezalarının Öğrenciler Üzerindeki Etkileri

Yükseköğretim Kurumları Öğrenci Disiplin Yönetmeliği'nin 4. ve 9. maddeleri arasında öğrencilere verilebilecek disiplin cezaları “uyarma”, “kınama”, “bir haftadan bir aya kadar uzaklaştırma”, “bir veya iki yarıyıl için kurumdan uzaklaştırma” ve “yükseköğretim kurumundan çıkarma” şeklinde düzenlenmiştir. “Yükseköğretim kurumu yetkililerince sorulan hususları haklı bir sebep olmadan zamanında cevaplandırılmak”, “yükseköğretim kurumu yetkililerince tespit edilen yerler dışında ilan asmak” veya “yükseköğretim kurumunun izniyle asılmış duyuruları, program ve benzerlerini koparmak, yırtmak, değiştirmek, karalamak veya kirletmek” uyarma cezasını gerektiren eylemler olarak sayılmıştır. Bu eylemlere baktığında bunların, öğrenciler tarafından sıklıkla yapılan ve çoğu zaman disiplin suçu olduğunun tahmin edilmesi mümkün olmayan basit fiiller olduğu görülmektedir. Hatta diğer disiplin cezalarına konu olan eylemlerin bazılarının ise soruşturmacının veya disiplin amirinin bakış açısına

<sup>43</sup> ÖRÜCÜ, s. 798.

<sup>44</sup> ÖRÜCÜ, s. 785.

göre değişiklik gösterecek şekilde düzenlendiği ifade edilebilir.<sup>45</sup> Zaten Yönetmeliğin 10. maddesinde uyarma ve kınama cezası verilmesini gerektiren eylemlere nitelik ve ağırlıkları itibarıyla benzer eylemlerde bulunanlara da aynı türden disiplin cezaları verilebileceğinin açıkça düzenlenmesi suretiyle, uyarma ve kınama cezasına konu olan eylemlerin belirlenmesinde öğrenciler arasında eşitsizliklere sebep olabilecek şekilde üniversitelere geniş takdir yetkisi verildiği görülür. Bu durumda aynı eylemleri gerçekleştiren öğrencilerin farklı disiplin cezası almaları hatta birinin disiplin cezası alırken diğerinin almaması durumu söz konusu olabilir.

Diğer yandan, aynı disiplin cezası bile öğrenciler üzerinde farklı sonuçlar doğurabilir. Örneğin, uzaklaştırma cezası etkisini, öğrencinin kayıtlı olduğu üniversitenin yıllık ya da dönemlik ders vermesine bağlı olarak farklı şekillerde gösterebilir. Derslerin yıllık olduğu bir fakültede okuyan öğrencinin ikinci yarıyılın başında iki yarıyıl uzaklaştırma cezası alması durumunda bir sonraki eğitim ve öğretim döneminde vize sınavlarına da giremeyeceği için okulunun üç yarıyıl hatta dört yarıyıl uzaması mümkündür.<sup>46</sup> Ayrıca, uzaklaştırma cezası alan öğrencilerin; Gençlik ve Spor Bakanlığına bağlı Yüksek Öğrenim Kredi ve Yurtlar Kurumundan aldıkları burs ve öğrenim kredisinin kesilmesi bir yana dernek, vakıf veya diğer kurumlardan aldıkları bursların da kesildiği ve hatta kaldıkları yurtlardan süresiz olarak çıkarıldıklarına dair haberler basında yer almaktadır.<sup>47</sup>

Öğrencilerin yükseköğretim kurumunun disiplinini bozan eylemleri sebebiyle aldığı cezanın yanı sıra üniversiteler disiplin cezası alan öğrenciye ek bazı yaptırımlar uygulamaktadırlar. Örneğin, Kırıkkale Üniversitesi İktisadi İdari Bilimler Fakültesinin sayfasında yer alan sıkça sorulan sorulara Öğrenci Daire Başkanlığı tarafından verilen cevapların birinde, disiplin cezası alarak okuldan uzaklaştırılan öğrencilerin lisans programına kayıtlı iken ön lisans diploması almasının mümkün olmadığı

<sup>45</sup> Bu yöndeki açıklamalar için bkz. OKUYUCU ERGİN, Güneş/BAŞ, Eylem “Yükseköğretim Kurumu Öğrenci Disiplin Suçları, Cezaları ve Soruşturmalarına İlişkin Bazı Değerlendirmeler”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 27, S. 1, Haziran, 2021, s. 34-37.

<sup>46</sup> OKUYUCU ERGİN/BAŞ, s. 38-39.

<sup>47</sup> İlgili haber için bkz. Öğrenci Soruşturmasında Bunlara Dikkat Edin, <<https://www.memurlar.net/haber/438088/ogrenci-sorusturmasinda-bunlara-dikkat.html>>, E. T. 02.03.2022.

ifade edilmektedir.<sup>48</sup> Kırıkkale Üniversitesi Ön Lisans ve Lisans Eğitim-Öğretim Yönetmeliği'nin<sup>49</sup> 39. maddesinde, “*öğrenimlerini normal süresi içinde tamamlayan ve disiplin cezası almamış öğrencilerden; genel not ortalamaları 3.00-3.49 arasında olanlara ONUR, 3.50-4.00 arasında olanlara YÜKSEK ONUR belgesi verilir ve durumları diplomalarında belirtilir*” hükmü yer almaktadır. Bu haliyle, öğrenim hayatı boyunca sadece uyarma cezası almış bir öğrencinin not ortalaması yüksek olsa dahi onur belgesi veya yüksek onur belgesi alması mümkün değildir.<sup>50</sup> Bazı üniversiteler yatay geçiş yapılabilmesi için öğrenciden disiplin cezası almadığına dair bir belge talep etmektedirler.<sup>51</sup> Yükseköğretim Kurulunca çıkarılan Yükseköğretim Kurumlarında Önlisans ve Lisans Düzeyindeki Programlar Arasında Geçiş, Çift Anadal, Yan Dal ile Kurumlar Arası Kredi Transferi Yapılması Esaslarına İlişkin Yönetmeliğin 7. maddesinin ikinci fıkrasında, bu Yönetmelikteki şartlara ilave olarak yatay geçiş başvurularının değerlendirilmesinde üniversite senatolarınca ayrıca kriter belirlenebileceğine ilişkin düzenleme yer almaktadır.<sup>52</sup> Bu düzenleme uyarınca birçok üniversitede disiplin cezası almamış olmak yatay geçiş yapabilmeyen bir koşulu<sup>53</sup> olarak kabul edilmiştir.

<sup>48</sup> Sıkça Sorulan Sorular, <<https://iibf.klu.edu.tr/Sayfalar/15774-sikca-sorulan-sorular.klu?sira=806>>, E. T. 02.03.2022.

<sup>49</sup> RG 26.07.2020-31197.

<sup>50</sup> Benzer şekilde disiplin cezası almamış olmak Yalova Üniversitesi Lisans Eğitim ve Öğretim Yönetmeliği'nin (RG 08.10.2010-27723) 24. maddesinde onur öğrencisi olmanın ve 33. maddesinde de yüksek onur öğrencisi olmanın bir şartı olarak öngörülmüştür. İstanbul Üniversitesi Önlisans ve Lisans Eğitim ve Öğretim Yönetmeliği'nin (21.09.2010-27706) 34. maddesinde disiplin cezası almamış olmak onur ve yüksek onur öğrencisi olmanın bir şartı olarak öngörülmemişken, mezun durumdaki öğrencilerin mezuniyet başarı sıralamasına girebilmeleri için disiplin cezası almamış olmak şart olarak öngörülmüştür. (İstanbul Üniversitesi Önlisans ve Lisans Mezunlarının Başarı Sıralamasının Tespitine İlişkin Usul ve Esaslar md. 5, <[https://cdn.istanbul.edu.tr/FileHandler2.ashx?f=onlisans-ve-lisans-mezunlarinin-basari-siralamasina-dair\\_637069191794967434.pdf](https://cdn.istanbul.edu.tr/FileHandler2.ashx?f=onlisans-ve-lisans-mezunlarinin-basari-siralamasina-dair_637069191794967434.pdf)>, E. T. 02.03.2022).

<sup>51</sup> Hatay Mustafa Kemal Üniversitesi, <<https://www.mku.edu.tr/files/6af638da-1e68-4c43-891e-6f35a7f99bb1.pdf>>; Uşak Üniversitesi, <<https://ogrenci.usak.edu.tr/menu/3206>>; Anadolu Üniversitesi, <[https://www.anadolu.edu.tr/uploads/abp/duyuru/152\\_1437651016.pdf](https://www.anadolu.edu.tr/uploads/abp/duyuru/152_1437651016.pdf)>, E. T. 02.03.2022.

<sup>52</sup> RG 20.04.2010- 27561.

<sup>53</sup> Kırıkkale Üniversitesinin Ön Lisans ve Lisans Eğitim-Öğretim Yönergesi'nin 19. maddesinin ikinci fıkrasında kurumlar arası yatay geçiş, 18. maddesinin ikinci fıkrasında kurum içi yatay geçiş yapılabilmesi öğrencinin disiplin cezası almamış olması şartına bağlanmıştır. <<https://panel.kku.edu.tr/Content/oidb/kanun/yenimevz>>

Yükseköğretim kurumu öğrencilerine verilen disiplin cezalarının etkisini öğrencilik dönemi sona erdikten sonra da görmek mümkündür. Marmara Üniversitesi Özel Öğrencilik Yönergesi'nin 4. maddesine göre, Yükseköğretim Kurumları Öğrenci Disiplin Yönetmeliği kapsamında disiplin cezası almamış olmak lisansüstü düzeyde özel öğrenci olmak için öngörülen şartlar arasında sayılmıştır.<sup>54</sup> Disiplin cezalarının öğrenci üzerindeki tüm bu sayılan somut etkileri dışında öğrencilik statüsü sona erdikten sonra dahi dolaylı etkileri de bulunur. Örneğin, hukuk fakültesi öğrencilerinin hâkimlik ve savcılık sınavı sonrası girecekleri mülakatlarda veya diğer meslek gruplarında KPSS sonrası kurumlarca yapılan mülakatlarda, öğrencilik döneminde almış oldukları disiplin cezalarının nihai değerlendirme yapılırken dikkate alınabileceği yönünde yaygın kanaat oluşmuştur.

Özetle, yükseköğretimde disiplin ve güvenliğin sağlanması için öğrenciler hakkında disiplin tedbirlerinin uygulanması idarenin takdir

---

uat/K%C3%9C%20%C3%96n%20Lisans%20ve%20Lisans%20E%C4%9Fitim-%C3%96%C4%9Fretim%20Y%C3%B6nergesi%2013.pdf). Anadolu Üniversitesi Önlisans ve Lisans Programlarına Yatay Geçiş, Programlar Arası Yatay Geçiş, Dikey Geçiş, Çift Anadal ve Yandal Programları ile Değişim Programlarında Öğrencilik, Özel Öğrencilik, Eşzamanlı Öğrenimde Öğrencilik, Ders Transferi ve Dersten Çekilme Usul ve Esaslarına İlişkin Yönerge'nin 8. maddesinde disiplin cezası almamış olmak kurum içi yatay geçiş yapabilme şartı olarak öngörülmüştür. (<<https://www.anadolu.edu.tr/uploads/anadolu/ckfinder/web/files/ogrenci-isleri/onlisans-ve-lisans-programlarina-yatay-gecis-programlar-arası-yatay-gecis-dikey-gecis-cift-yonergesi.pdf>>). İstanbul Üniversitesi Kurum İçi ve Kurumlar Arası Yatay Geçiş Esaslarına İlişkin Yönerge'nin 11. maddesinde disiplin cezası almamış olmak kurumlar arası yatay geçiş yapabilmenin bir şartı olarak öngörülmüştür. Görüldüğü üzere birçok üniversitede uyarma cezası alınmış olması halinde dahi yatay geçiş yapılması mümkün değilken, Ankara Üniversitesi uyarma cezasını almış olmanın yatay geçiş yapmaya engel olmayacağını düzenlemiştir. (Ankara Üniversitesi Yatay Geçiş İlkeleri, <<http://oidb.ankara.edu.tr/files/2016/08/Yatay-Ge%C3%A7i%C5%9F-%C4%B0lkeleri.pdf>>, E. T. 12.02.2022). Bu haliyle, yatay geçiş şartlarının kanunla sınırı çizilmeden bu hususta üniversitelere geniş takdir yetkisi tanınması hâlihazırda adaletsiz uygulamalara sebep olmuştur.

<sup>54</sup> Ayrıca bkz. Sağlık Bilimleri Üniversitesi Özel Öğrenci Yönergesi md. 5, <[https://www.sbu.edu.tr/FileFolder/Dosyalar/eb408a43/2019\\_4/ozelogrenciyonergesi-0bf486ac.pdf](https://www.sbu.edu.tr/FileFolder/Dosyalar/eb408a43/2019_4/ozelogrenciyonergesi-0bf486ac.pdf)>; Yüksek İhtisas Üniversitesi Özel Öğrenci Yönergesi md. 10, <[https://yuksekihtisasuniversitesi.edu.tr/uploads/docs/mevzuat/1613554156\\_ozelogrenciyonergesi.pdf](https://yuksekihtisasuniversitesi.edu.tr/uploads/docs/mevzuat/1613554156_ozelogrenciyonergesi.pdf)>; Malatya Turgut Özal Üniversitesi Özel Öğrenci Yönergesi md. 7, <<https://ozal.edu.tr/wp-content/uploads/sites/78/2020/03/%C3%96zel-%C3%96%C4%9Frenci-Y%C3%B6nergesi-1.pdf>>, E. T. 13.03.2022.

alanı içinde olup makul ve kabul edilebilir bir tedbir<sup>55</sup> olarak kabul edilse de, bu tedbirin orantılı ve amacını gerçekleştirmeye elverişli olup olmadığına ayrıca dikkat etmek gerekir.<sup>56</sup> Öğrenci, eğitim hayatının başında biraz da yaşının vermiş olduğu tecrübesizlik ile en hafif disiplin cezasını almış olsa dahi öğrencilik statüsünden kaynaklanan birçok imkândan yararlanamaz hale gelmektedir. Bu yoksunlukların öğrenci tarafından önceden öngörülmesi mümkün değildir. Öğrenciler hakkında öngörülen disiplin cezalarının özlük dosyasından silinmesine ilişkin bir düzenlemenin varlığı, ihtiyaçtan öte bir zorunluluk olduğundan mevzuattaki boşluğun öğrenciler lehine nasıl doldurulacağı yönünde bir değerlendirmenin yapılması gerekmektedir.

#### **IV) 2547 sayılı Kanun'un Disiplin Cezalarının Silinmesine İlişkin Hükümlerinin Yükseköğretim Öğrencileri Bakımından Uygulanabilirliği**

Yükseköğretim kurumu öğrencileri hakkında da emredici hükümlerin bulunduğu 2547 sayılı Kanun'un 53/G maddesine göre, öğretim elemanlarına verilen disiplin cezaları ilgililerin özlük dosyalarında saklanmaktadır. Bu madde kapsamında öğretim elemanı, hakkında uyurma ve kınama cezalarının uygulanmasından itibaren beş yıl, aylıktan veya ücretten kesme ve kademe ilerlemesinin durdurulması veya birden fazla ücretten kesme cezalarının uygulanmasından itibaren on yıl sonra atamaya yetkili amire başvurarak verilmiş olan cezaların özlük dosyasından silinmesi talep edebilmektedir. İlgilinin, bu süreler içerisindeki davranışları, isteğini haklı kılacak nitelikte görülürse, talep yerine getirilmektedir. 2547 sayılı Kanun'da düzenlenmeyen hususlarla ilgili olarak sıklıkla kendisine atıf yapılan genel kanun niteliğindeki 657 sayılı Kanun'da da disiplin cezası almış kişilerin, cezaları uygulandıktan sonra belirli süreler geçmesi ile birlikte talep etmeleri ve taleplerinin uygun görülmesi

<sup>55</sup> AYM İdris İsen, B. No: 2013/7171, 13/4/2016, § 77; AYM Selçuk Taşdemir, B. No: 2013/7860, 3/3/2016, § 95.

<sup>56</sup> Polis akademisinde sivil öğrencilerin tabi olduğu disiplin rejimine nazaran daha katı bir disiplin ve cezalandırma sisteminin olduğu ifade ediliyor olsa da Polis Akademisi Öğrenci Disiplin Yönetmeliği'nde, "içinde bulunduğu akademik yılda işlediği fiillerden dolayı beş (5) veya daha aşağı ceza puanı alan ve derslerinde başarılı olup sınıfını geçen öğrencilerden, bir sonraki yıl disiplin suçu işlemeyenlerin aldığı bu ceza puanları ilgilinin müracaatı aranmaksızın tamamen sicilden silinir ve bütün sonuçlarıyla ortadan kalkar." hükmü yer almaktadır. (md. 12/5).

halinde disiplin cezalarının silinebileceği düzenlenmiştir.<sup>57</sup> Ancak çalışmanın başında da ifade edildiği gibi yükseköğretim kurumu öğrencilerine verilen disiplin cezalarının işlendiği özlük dosyasından silinmesine ilişkin bir düzenleme mevzuatta bulunmadığından, oluşan mağduriyetleri gidermek adına 2547 sayılı Kanun'da yer alan disiplin cezalarının özlük dosyasından silinmesine ilişkin hükmün kıyasen uygulanıp uygulanmayacağına incelenmesi gerekmektedir.

Bilindiği üzere, bir hukuki sorun hakkında yasada bir kural bulunmaması durumunda kanun boşluğunun varlığından söz edilir.<sup>58</sup> Kanun boşluğu, önceden öngörülmesi mümkün olmayan ekonomik ve sosyal gelişmelerin yaşanması, değer yargılarında değişikliklerin yaşanması veya boşluk olarak nitelendirilen düzenlemenin kanun koyucunun gözünden kaçması gibi hallerde ortaya çıkabilir.<sup>59</sup> Bu olasılıkların yanı sıra kanun koyucu, mevzuat yazım aşamasında bazı konularla ilgili düzenleme yapmayabilir ya da gelecekte ortaya çıkabilecek hususları da kapsayacak şekilde düzenlemenin ucunu açık bırakabilir.<sup>60</sup> Kimi zaman da sosyal sorunlar hukuki bir probleme dönüşmediği için konu ile ilgili bir düzenleme yapmaktan kaçınılması ve sorunun çözümünün doktrine veya yargı organına bırakılması mümkündür.<sup>61</sup>

<sup>57</sup> 133. maddesinin birinci fıkrasında: “Disiplin cezaları memurun özlük dosyasına işlenir. Devlet memurluğundan çıkarma cezasından başka bir disiplin cezasına çarptırılmış olan memur uyarma ve kinama cezalarının uygulanmasından 5 sene, diğer cezaların uygulanmasından 10 sene sonra atamaya yetkili amire başvurarak, verilmiş olan cezalarının özlük dosyasından silinmesini isteyebilir. İlgilinin yukarıdaki fıkrafta yazılı süreler içerisindeki sicilinde mevcut belgelerle kanıtlanan tutum ve davranışları ile meslekteki başarısı, isteğini haklı kılabilecek nitelikte görülürse, disiplin cezasının silinmesine karar verilir ve sicil dosyasındaki disiplin bölümü çıkarılarak yenisi düzenlenir.” hükmü yer almaktadır.

<sup>58</sup> GÖZÜBÜYÜK, Şeref, Hukuka Giriş ve Hukukun Temel Kavramları, 35. Bası, Ankara, Turhan Kitabevi, s. 77; IŞIKTAÇ, Yasemin/METİN, Sevtap, Hukuk Metodolojisi, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2021, s. 227. Bu noktada kanun boşluğu ve hukuk boşluğunun farklı kavramlar olduğuna değinmekte fayda vardır. Hukuk boşluğu mevcut uyumsuzluğa uygulanacak yazılı veya yazılı olmayan hukuk kuralının olmadığını ifade ederken, olaya uygulanacak yazılı hukuk kuralı yoksa kanun boşluğu olduğu söylenebilir (IŞIKTAÇ/METİN, s. 227).

<sup>59</sup> IŞIKTAÇ/METİN, s. 227.

<sup>60</sup> AKTAŞ, Sururi, “Pozitif Hukukta Boşluk Kavramı”, Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XIV, S. 1-2, 2010, s. 1; BATI, Murat, Vergi Hukuku (Genel Hükümler), Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2021, s.122.

<sup>61</sup> IŞIKTAÇ/METİN, s. 227; ARAL, Vecdi, Hukuk ve Hukuk Bilimi Üzerine, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2021, s. 154-155.



4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun<sup>62</sup> 1. maddesinin ikinci fıkrasında: “*Kanunda uygulanabilir bir hüküm yoksa hâkim, örf ve âdet hukukuna göre, bu da yoksa kendisi kanun koyucu olsaydı nasıl bir kural koyacak idiyse ona göre karar verir. Hâkim, karar verirken bilimsel görüşlerden ve yargı kararlarından yararlanır.*” hükmü yer almaktadır. Bu hükümle birlikte özel hukukta hâkime kanun boşluğunu doldurması hususunda açık yetki verilmiştir. Hukuki uyuşmazlığı çözümlerken bir boşlukla karşılaşan hâkim, 4721 sayılı Kanun'un 1. maddesinin ikinci fıkrasında yer alan, yasa koyucu gibi ve kanun koyma yöntemine göre hareket ederek, boşluğu doldurmak ve önüne gelen somut olayı hükme bağlamakla yükümlü tutulmuştur.<sup>63</sup> Hukuk yaratma görevini yerine getirecek hâkim, “kıyasa başvurma”, “hukukun genel ilkelerine başvurma” veya “bizzat kural yaratma” yollarından biri ile boşluk doldurabilir. Görüldüğü üzere kıyas, hukuk yaratmanın bir biçimi olarak kabul edilmiştir.<sup>64</sup> Kıyas, *yasada belirli bir olgu için öngörülmiş olan bir kuralın korunan menfaatler açısından ona benzeyen, ama yasada şeklen ve lafzen öngörülmemiş başka bir olaya uygulanması* halidir.<sup>65</sup> Diğer bir deyişle kıyas, kanunun belli bir olay için uygulanmasını öngördüğü ilkenin benzer başka olaylarda da uygulanmasıdır. Kıyasen uygulanacak hükmün elverişli olarak kabul edilebilmesi için benzer hukuki uyuşmazlığı da çözümlenebilmesi gerekir.<sup>66</sup>

İdare hukukuna ilişkin bir mevzuatta kanun boşluğu olması halinde hâkimin nasıl bir yol izleyeceği hususunda genel bir hüküm bulunmamaktadır.<sup>67</sup> Anayasa'nın 36. maddesinin ikinci fıkrasındaki, hiçbir mahkeme görev ve yetkisi içindeki davaya bakmaktan kaçınmayacağına ilişkin hüküm gereğince, idari hâkim somut olaya uygulanacak bir düzenlemenin olmadığı hallerde dahi uyuşmazlığı karara bağlamak zorundadır. Aksinin kabulü her şeyden önce Anayasa'da güvence altına alınan hak arama özgürlüğüne aykırılık teşkil eder.<sup>68</sup> İdare hukukuna ilişkin bir uyuşmazlığa uygulanacak bir norm bulunmadığında idari hâkimin nasıl

<sup>62</sup> RG 08.12.2001- 24607.

<sup>63</sup> IŞIKTAÇ/METİN, s. 223.

<sup>64</sup> EDİS, Seyfullah, Medeni Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümler, 6. Baskı, Ankara, 1997, s. 142-143.

<sup>65</sup> SEROZAN, Rona, Hukukta Yöntem - Mantık, İstanbul, Vedat Yayıncılık, 2017, s. 149.

<sup>66</sup> EDİS, s. 142-143.

<sup>67</sup> ERKAL, Atila, İdare Hukukunda Kıyas, Ankara, Savaş Yayınevi, 2022, s. 59.

<sup>68</sup> IŞIKTAÇ/METİN, s.223; SEROZAN, s. 157.

davranacağı, bir Danıştay kararına yansıyan karşı oy gerekçesinde şöyle ifade edilmiştir:

*“Hakim, öncelikle kanunun kıyas yoluyla uygulanmasından yararlanacak, buna imkan olmazsa hukukun genel ilkelerine, mukayeseli hukuka, toplumun hukuk duygusuna, hak ve nesafet esaslarına başvuracak, hukuki sorunun değişik çözümlerini ve bunların yarar ve zararlarını, çatışan ve korunmaya değer menfaatleri genel, soyut ve objektif bir şekilde değerlendirecek, bunlar arasından, en adil, pratik, hayatın gereklerine en uygun, hukuki istikrarı ve kamu düzenini bozmayacak olan çözümü tercih edecektir.”<sup>69</sup>*

Danıştay, idari yargının görev alanına giren uyuşmazlıklarda ortaya çıkan hukuki boşlukların 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun birinci maddesinin ikinci fıkrası uyarınca hâkim tarafından doldurması gerekliliğine işaret etmektedir.<sup>70</sup> Buradan hareketle idare hukukunda, kıyası yasaklayan bir hüküm bulunmadığı takdirde hakkında, hüküm bulunmayan uyuşmazlığın çözümlenebilmesi için kıyas yoluna başvurulmasının mümkün olduğu söylenebilir.<sup>71</sup> Ancak kıyasın mümkün olabilmesi için *“kıyaslanılan ile kıyaslanan şey arasında, hükmün illeti bakımından, yani hükmün konulmasına sebep olan özellik bakımından bir benzerliğin bulunması”* gerekir.<sup>72</sup> Zaten genel olarak doktrinde, bir uyuşmazlıkta somut olayı karşılayan bir çözümün normlar sistemi içinde bulunmaması halinde kıyas veya evleviyet yorum yöntemi başvurulabileceği fikri kabul

<sup>69</sup> Danıştay 8. D. 10.02.2012, E. 2010/8752, K. 2012/467, Kazancı Hukuk, <<https://khyk.kazancihukuk.com>>.

<sup>70</sup> Danıştay İDDK 23.06.2014, E. 2014/1615, K. 2014/2763; Danıştay İDDK 24.05.2012, E. 2007/2255, K. 2012/801, Kazancı Hukuk, <<https://khyk.kazancihukuk.com>>. 24.05.2012 tarihli karara konu olan uyuşmazlıkta Danıştay, idarenin davacılara ait imar planında değişiklik yaparak davacıların mülkiyet kullanımını süresiz şekilde engellemesinin ölçüsüz olduğunu ifade ederek davacılara ait taşınmaz üzerindeki kısıtlılığın kaldırılmasına karar vermiştir. Ayrıca, 2912 sayılı Kamulaştırma Kanunu'nun 23. maddesinde yer alan, *“kamulaştırma bedelinin kesinleşmesi tarihinden beş yıl içinde, kamulaştırma ve devir amacına uygun bir işlem veya tesisat yapılmaması veya kamu yararına yönelik bir ihtiyaca tahsis edilmeyerek taşınmaz malın olduğu gibi bırakılması şartıyla malike taşınmazını geri alma hakkını”* öngören hükümlerin dava konusu uyuşmazlığa kıyasen uygulanmasını uygun görmüştür. (Ayrıca bkz. ERKAL, s. 121-122).

<sup>71</sup> GÖZLER, s. 374-375.

<sup>72</sup> GÖZLER, s. 374.

görmektedir.<sup>73</sup> Kıyas uygulamasının çok belirgin olduğu durumlarda, evleviyet yorum yöntemi de kullanılabilir.<sup>74</sup>

Evleviyet kuralı, *“bütün içinde doğru olan şeyin parçalar için de doğru olacağı, yasada daha önemli bir durum için kabul edilen bir hükmün daha az önemli bir durum için de uygulanması gerektiği fikrine dayanmaktadır.”*<sup>75</sup> Bu kural çoğun içinde azın da bulunacağı düşüncesini temel alır. Diğer bir deyişle, çoğu yapma konusunda yetkilendirilen, daha azı da yapabilir.<sup>76</sup> Dava konusu uyuşmazlığa uygulanacak açık bir hüküm mevzuatta yoksa Danıştay'ın evleviyet yorum yöntemini kabul ederek mevzuatı geniş yorumladığı<sup>77</sup> kimi uyuşmazlıklarda ise mevzuatı dar yorumlayarak bu yöntemi kabul etmediği görülmektedir.<sup>78</sup> Kamu görevliliği statüsünün

<sup>73</sup> GÜRİZ, Adnan, Hukuk Başlangıcı, 19. Baskı, Ankara, Siyasal Kitabevi, 2019, s. 101; ARAL, s. 200-204.

<sup>74</sup> GÜRİZ, s.102.

<sup>75</sup> IŞIKTAÇ/METİN s. 243.

<sup>76</sup> GÜRİZ, s.102.

<sup>77</sup> Danıştay, dava konusu uyuşmazlıkta 4734 sayılı Kanun'da belirtilen istisna kapsamında gerçekleştirilen ihalede, ihale sürecinde yasak olan fiil veya davranışların işlenmesi hâlinde 4734 sayılı Kanun'a göre ihalelere katılmaktan yasaklama kararı verilemediğinden, istisna kapsamındaki ihaleler sonucunda imzalanan sözleşmenin uygulanması sırasında yasak olan fiil veya davranışların işlenmesi hâlinde de 4735 sayılı Kanun'da yer alan ceza ve yasaklama hükümlerinin evleviyetle uygulanmasını kanun koyucunun amacına uygun bulmuştur. (Danıştay 13. D. 11.02.2021, E. 2016/1311, K. 2021/461, Lexpera İçtihat Bankası, <www.lexpera.com.tr>). Bir diğer uyuşmazlıkta Danıştay, özel hastanelerde sağlık personeli olmasına rağmen kamu görevlisi olan veya kanunen mesleğini serbest icra etme hakkı bulunmayanların çalıştırılması halinde Özel Hastaneler Yönetmeliği kapsamında uygulanan yaptırımın, sağlık personeli olmamasına rağmen çalıştırılanlar hakkında evleviyetle uygulanmasına karar vermiştir (Danıştay 15. D. 17.04.2014, E. 2013/14223, K. 2014/ 2900, Lexpera İçtihat Bankası, <www.lexpera.com.tr> ).

<sup>78</sup> Davacı, İstanbul İl Emniyet Müdürlüğü emrinde polis memuru olarak görev yapmakta iken, 2013 yılında dikey geçiş sınavında başarılı olarak İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesine yerleşmiştir. Akabinde davacının görev sırası geldiğinden Sivas iline ataması yapılmıştır. Üniversite eğitime devam etmek isteyen davacı ise İstanbul iline atanma talebiyle idareye başvurmuş ve bu talebinin reddedilmesi üzerine iptal davası açmıştır. Söz konusu uyuşmazlığı inceleyen idare mahkemesi, Emniyet Hizmetleri Sınıfı Mensupları Atama ve Yer Değiştirme Yönetmeliği kapsamında personelin sadece çocuklarının eğitimi sebebiyle başka ile atanmasına cevaz veren maddenin dava konusu olay üzerinde de evleviyetle uygulanması gerektiğine karar vererek, dava konusu işlemin iptaline karar vermiştir. Ancak Danıştay, ilk derece mahkemesinin bu yaklaşımını benimsememiştir. Sonuç olarak Danıştay, bahse konu Yönetmelik'te, yer değiştirmenin sadece personelin sağlık, eş durumu ve

uzun süreli, öğrencilik statüsünün öğrenim süresi hesaba katıldığında daha kısa sürdüğü düşünüldüğünde, idarenin bu boşluğu kasıtlı olarak bıraktığı iddia edilebilirse de, kanun koyucunun öngöremediği şey, eğitim ve öğretim faaliyetlerinin güvenliği ve disiplini için öngörülen yaptırımların etkilerinin öğrencilerin tüm yaşamı boyunca devam ediyor olmasıdır.

İdare hukukunda kıyasın yapılabilirliği hususu irdelenirken kıyas konusu işlemin, hak doğurucu mu yoksa yükümlendirici mi olduğu değerlendirilerek bir sonuca varılması mümkündür.<sup>79</sup> Bilindiği üzere bir idari işlem, bir hak tanıyorsa, bir hakkı kuvvetlendiriyorsa ya da bir yükümlülüğü kaldırıyor ya da yararlandırıcı işlem<sup>80</sup>, bir hakka müdahale ediyor ya da hakkın korunmasını engellemek suretiyle bireyin hukuki durumunu sınırlıyorsa yükümlendirici işlem olarak ifade edilir.<sup>81</sup> Doktrinde idarenin yükümlendirici işlem yapılabilmesi için özel bir yetkiye sahip olması gerekliliği ifade edilirken, yararlandırıcı işlemlerde mutlaka özel bir yasa ile yetkilendirilmeye gerek olmadığı ifade edilir.<sup>82</sup> Bu bağlamda yararlandırıcı işlemlerde kamu gücü kullanılmadığı, temel hak ve hürriyetlere müdahale edilmediği hususları göz önüne alınarak idarenin, işlemin muhatabı lehine kıyas yapabileceğini ifade etmek mümkündür.<sup>83</sup> Danıştay kararları irdelendiğinde de, yararlandırıcı işlemler hakkında mevzuatta uygulanacak hüküm bulunmaması durumunda kıyas yoluna başvuru olarak ilgisi lehine karar verildiği görülmektedir.<sup>84</sup>

---

çocuklarının öğrenim durumu mazeretlerine dayalı atama sebepleriyle sınırlı olarak düzenlendiğini göz önüne alarak, mevzuattaki boşluğun evleviyet yorum yöntemiyle doldurulmasını kabul etmemiş ve ilk derece mahkemesinin kararının bozulmasına karar vermiştir (Danıştay 5. D. 19.02.2019, E. 2016/25923, K. 2019/1381, Lexpera İçtihat Bankası, <www.lexpera.com.tr>).

<sup>79</sup> ERKAL, s. 60.

<sup>80</sup> AKYILMAZ/SEZGİNER/KAYA, s. 367-368; ÇAĞLAYAN, s. 330- 331; ATAY, s. 471.

<sup>81</sup> AKYILMAZ/SEZGİNER/KAYA, s. 367-368.

<sup>82</sup> AKYILMAZ/SEZGİNER/KAYA, s. 368.

<sup>83</sup> ERKAL, s. 113.

<sup>84</sup> 31.12.1984 günü yürürlüğe giren 243 sayılı Kanun Hükmünde Kararname ile 657 sayılı Kanun'un 64. maddesine: "Devlet Memurlarından 6 yıllık sicil notu ortalaması 90 ve daha yukarı olanların aylık derecelerinin yükseltilmesinde dikkate alınmak üzere bir kademe ilerlemesi uygulanır" hükmü getirilmiştir. 243 sayılı Kanun Hükmünde Kararname ile yapılan değişiklikten önce siciller not esasına göre doldurulmadığı için davacının 1984 yılından önceki altı yıllık sicillerinin değerlendirilmeye alınmamış ve kademe ilerlemesi yapılamamıştır. Ancak Devlet Memurları Sicil Yönetmeliği'nin geçici 2.

Disiplin cezası almış bir öğrenci, cezasının özlük dosyasından silinmesi yönünde bir başvuru yaptığında, idarenin hâlihazırdaki düzenlemeler ışığında bu talebin reddine karar vermesi kuvvetle muhtemeldir. İdarenin kanuniliği ilkesi gereğince idarenin işlem ve eylemlerinin pozitif hukukta bir karşılığının olması beklendiğinden,<sup>85</sup> yargı organları da sözü edilen uyuşmazlıklarda aynı gerekçelerle davanın reddine karar verebilirler. Öğrencilere verilen disiplin cezalarının özlük dosyasından silinmesine ilişkin işlemin, öğrenciler bakımından yararlandırıcı bir işlem olduğu gözetilerek,<sup>86</sup> yargı organlarının bu kapsamdaki bir uyuşmazlığa kıyas veya evleviyet yorum yöntemini kullanarak 2547 sayılı Kanun'un ilgili hükmünü uygulaması idare hukukunun içtihadilik özelliği ile uyum göstereceği ileri sürülebilir. Bu noktada, idarenin kanuniliği ilkesinin kıyasa ve evleviyet yorum yöntemine ne kadar izin vereceğinin

---

maddesinde bu boşluğu dolduracak nitelikte bir hükme yer verilmiştir. Danıştay da *"bu yönetmelik kapsamına giren memurların 1985 yılına ait sicil raporlarında yeterlikle ilgili soruların değerlendirilmesinde her pekiyi için 11, her iyi için 9, her orta için 8 ve her zayıf için de 5 not esas alınmak suretiyle tesbit edilen toplam not 1985 yılı sicil notu sayılır."* biçimindeki söz konusu Yönetmelik hükmünün kıyas yolu ile diğer yıllar sicillerine de uygulanmasına karar vermiştir. Bu kapsamda davacının 31.12.1984 tarihinden önceki 6 yıla ilişkin sicillerinin incelenerek bir kademe ilerlemesi uygulanması isteminin reddine ilişkin işlemin iptaline karar verilmiştir. (Danıştay 5. D. 28.10.1992, E. 1992/778, K. 1992/2807, Lexpera İçtihat Bankası, <www.lexpera.com.tr>). Diğer bir uyuşmazlıkta Danıştay, 657 sayılı Kanun'un 4/B maddesine göre 3 ay süreyle sözleşmeli ebe olarak görev yapan davacının, çocuğunun tedavisini yaptırabilmesi için devlet memurlarının sahip olduğu (ücretli) refakat iznine ilişkin hükümlerin kıyasen uygulanmasına karar veren ilk derece mahkemesi kararının onanmasına karar vermiştir (Danıştay 5. D. 27.03.2014, E. 2013/9443, K. 2014/2567, Lexpera İçtihat Bankası, <www.lexpera.com.tr>).

<sup>85</sup> AKYILMAZ/SEZGİNER/KAYA, s. 116.

<sup>86</sup> 657 sayılı Kanun'un 4/C maddesi uyarınca görev yapmakta olan davacının, emeklilik sebebiyle iş ilişkisi sona erdiği gerekçesiyle iş sonu/kıdem tazminatı ödenmesi istemiyle yapmış olduğu başvurunun reddedilmesi üzerine açmış olduğu iptal davasının reddine karar verilmiştir. Uyuşmazlığı temyizen inceleyen Danıştay, 657 sayılı Kanun'un 4/C maddesine göre görev yapan geçici personelin statüsüyle ilgili uyuşmazlıklarda ciddi hukuki boşlukların olduğunu ifade etmiştir. Nitekim kararda, 657 sayılı Kanun'un 4/A ve 4/B maddesi kapsamında istihdam edilen memur ve sözleşmeli personel statüsüne ilişkin hükümler ile iş hukuku hükümleri göz önüne alınarak, idare hukuku ve geçici personel statüsünün temel niteliklerine uygun düşecek şekilde değerlendirme yapılması gerekliliği vurgulanmıştır. Bu uyuşmazlıkta Danıştay, aslında kişi lehine olan yararlandırıcı bir işlemde kıyas yoluyla mevzuattaki boşluğun idarece doldurulabileceğine işaret ederek aksi yöndeki kararın bozulmasına karar vermiştir. (Danıştay 12. D. 23.06.2016, E. 2012/6723, K. 2016/4141, Lexpera İçtihat Bankası, <www.lexpera.com.tr>).

düşünülmesi gerekir.<sup>87</sup> Danıştay'ın kıyas ve evleviyet yorum yöntemini kullanarak bir sonuca vardığı kararları göz önüne alındığında<sup>88</sup> yargı organlarının söz konusu uyuşmazlığın çözümüne ilişkin olarak içtihat geliştirmesi beklenebilir.

Diğer yandan, idari makamlara bir başvuru olması ya da idarenin kendiliğinden hukuki bir boşluk olduğunun farkına varması halinde ne olacaktır? Tahsin Bekir Balta 1970 yılında kaleme aldığı eserinde, her hukuk uygulayıcısının önüne gelen bir konu ile ilgili hukuk kaynaklarında bir hüküm bulunmadığından bahisle işlem yapmaktan kaçınmaması gerektiğini, aksi halde görevini ihmal etmiş ve hakkı yerine getirmekten kaçınmış olacağını ifade etmektedir. Yazar, uygulayıcıların bu gibi durumlarda kıyas ve hukukun genel ilkelerine başvurmak suretiyle hukuki soruna uygun bir çözüm tarzı bulması gerektiği kanaatindedir.<sup>89</sup> Bu yaklaşımın bir yansımasını, Bilkent Üniversitesi'nin öğrenci disiplin cezalarının özlük dosyasından silinmesine ilişkin 18.04.2018 tarihli Senato kararında görmek mümkündür.<sup>90</sup> Bu Senato kararı kapsamında, üniversite eğitimi boyunca bir defa disiplin cezası almış öğrenciler, Bilkent Üniversitesi Toplumsal Duyarlılık Projesi kapsamında aldıkları disiplin cezasına göre belirlenen süreler boyunca gönüllü olarak çalıştıktan sonra bağlı oldukları dekanlık veya müdürlüğe başvurarak disiplin cezasının silinmesini talep etmektedirler. Ancak yükseköğretim kurumundan çıkarma cezasını gerektiren disiplin suçu alanlar veya öğrencilikleri boyunca birden çok sayıda disiplin cezası alan öğrenciler, almış oldukları disiplin

<sup>87</sup> Tahsin Bekir Balta, kıyasın elverişli olmadığı alanlarda hukuk sistemimizden ve genel hukuk ilkelerinden ilham alınarak uyuşmazlığın gereklerine ve ihtiyaca bakılarak bir çözüm yolu bulunması gerekliliği ifade ederek, idare hukukunda ölçülü bir kıyas usulünün uygulanması kanaatindedir. (BALTA, Tahsin Bekir, İdare Hukuku I (Genel Konular), Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları No: 329, 1970, s. 193-194). Aksi görüş için bkz. ANAYURT, Ömer, Hukuka Giriş ve Hukukun Temel Kavramları, 21. Baskı, Ankara, Seçkin Yayınevi, 2021, s. 333.

<sup>88</sup> Danıştay 15. D. 17.04.2014, E. 2013/14223, K. 2014/ 2900; Danıştay 5. D. 28.10.1992, E. 1992/778, K. 1992/2807; Danıştay 5. D. 27.03. 2014, E. 2013/9443, K. 2014/2567; Danıştay 12. D. 23.06.2016, E. 2012/6723, K. 2016/4141; Danıştay 5. D. 19.02.2019, E. 2016/25923, K. 2019/1381; Danıştay 13. D. 11.02.2021, E. 2016/1311, K. 2021/461, Lexpera İctihat Bankası, <www.lexpera.com.tr>; Danıştay İDDK 24.05.2012, E. 2007/2255, K. 2012/801, Kazancı Hukuk, <https://khyk.kazancihukuk.com>.

<sup>89</sup> BALTA, s. 192-194.

<sup>90</sup> Bilkent Üniversitesi, Disiplin Cezalarının Silinmesi Konusunda Senato Kararı, <https://w3.bilkent.edu.tr/www/disiplin-cezalarinin-silinmesi-konusunda-senato-karari-18-04-2018/>, E. T. 20.12.2021.

cezalarının özlük dosyasından silinmesi talebinde bulunamamaktadır. Başvuru yapabilmek için bir veya iki yarıyıl uzaklaştırma cezası alan öğrenciler, ceza süreleri bittikten sonra en az 12 ay içinde toplam 80 saat, daha kısa süreli uzaklaştırma cezası alan öğrenciler ceza süreleri geçtikten sonra en az 9 ay içinde 60 saat, uyarma veya kınama cezası almış öğrenciler ise cezanın verildiği tarihten itibaren en az 6 ay içerisinde toplam 40 saat çalışmış olmaları halinde disiplin cezalarının silinmesini talep edebilirler. Disiplin cezasının silinip silinmeyeceğine üniversite rektörü karar vermektedir. Disiplin cezasının silinmesine karar verilen öğrencilerin, mezuniyet aşamasına kadar herhangi bir disiplin cezası almamaları durumunda daha önce almış oldukları disiplin cezaları kendileri ile ilgili resmi belgelerde gözükmemektedir. Ancak disiplin cezası silinen öğrencinin yeniden disiplin cezası alması durumunda önceki cezasının silinme kararı iptal edilmekte ve aldığı ikinci disiplin cezasının silinmesine ilişkin yeni bir başvuru yapmasına izin verilmemektedir.<sup>91</sup> Üsküdar Üniversitesinde de ilk kez disiplin cezası alan öğrencinin, mezuniyet aşamasına kadar başka bir disiplin cezası almamış olması halinde ve Üniversitenin belirleyeceği toplumsal sorumluluk projelerinde 40 saatten az olmayan bir görev üstlenmesi durumunda almış olduğu disiplin cezasının özlük dosyasından silinmesini talep edebilmesine imkân tanınmıştır. Mezun olan öğrenci, bu şartları yerine getirdiğinde Üniversiteye başvuracak ve Üniversite Yönetim Kurulu tarafından yapılan değerlendirme neticesinde öğrenciye verilen disiplin cezasının silinip silinmemesi hususunda karar verilecektir.<sup>92</sup>

Bu örneklerin ortak noktası; disiplin cezalarının özlük dosyalarından silinmesine ilişkin şartların öğrenciler tarafından sağlanması halinde dahi disiplin cezasının özlük dosyasından silinmesi hususunda idareye takdir yetkisi verilmesidir. İdarelere verilen bu takdir yetkisinin olumsuz yansımaları kamu görevlilerine uygulanan disiplin cezalarının özlük dosyasından silinmesi örneğinde görmek mümkündür. Danıştay kararlarına yansıyan uyuşmazlıklarda, kanunda öngörülen süreler geçtikten sonra idareye başvuran memurların cezalarının özlük dosyasından

<sup>91</sup> <<https://w3.bilkent.edu.tr/www/disiplin-cezalarinin-silinmesi-konusunda-senato-karari-18-04-2018/>>, E. T. 14.01.2022.

<sup>92</sup> Üsküdar Üniversitesi, Öğrenci Disiplin Soruşturamalarında Uyulacak Esaslar ve Yazışma Örnekleri, <<https://uskudar.edu.tr/assets/uploads/sayfa/18/file/uu-ogrenci-disiplin-sorusturmalarinda-uyulacak-esaslar-ve-yazisma-ornekleri.pdf?1>>, E. T. 09.04.2022; Ayrıca bkz. BOULANGER, s. 229.

silinmesine idarenin direnç gösterdiği ve bu tutum, dava konusu edildiğinde silinme işlemi konusundaki son kararı yargı organının verdiği görülmektedir.<sup>93</sup> Dolayısıyla disiplin cezasının muhatabı, disiplin cezasını ve daha sonra disiplin cezasının silinmemesine ilişkin işlemi dava konusu ederek, neredeyse tek işlem için iki defa yargı yollarını tüketmiş olmaktadır. Aslında burada eleştiri konusu olan şey takdir yetkisinin tanınması değil, takdir yetkisinin sınırlandırılmamış olmasıdır. Disiplin cezalarının özlük dosyasından silinmesi hususunda yetkilendirilen idari makamların, bu yetkilerini kullanmaları öğrencinin eğitim hayatı boyunca birden fazla disiplin cezası almaması şartına veya bu yetkinin belirli disiplin cezaları ile sınırlı olarak kullanılmasına bağlanması mümkündür. Nihayetinde, öğrenci disiplin cezalarının silinmesi hususunda idarelerin kullanmış olduğu yetkinin sınırlarının öngörülebilir olması gerekir. Disiplin cezalarının özlük dosyasından silinmesi hususunda mevzuattaki boşluğu doldurma gayretinde olan üniversitelerin yaklaşımından hareketle, idari makamların kanun koyucu gibi hareket etmeleri halinde birbirinden farklı uygulamaların ortaya çıkabileceği söylenebilir. Bu sebeple tercih edilecek en doğru yaklaşım, mevzuattaki boşluğun kanun koyucu tarafından fark edilmesi halinde en kısa zamanda hukuki belirsizliğin ortadan kaldırılması adına açık ve anlaşılır bir kanun hükmü öngörülmesidir.

## SONUÇ

Yükseköğretim kurumu öğrencileri hakkında verilen disiplin cezalarına ilişkin usul ve esaslara öncelikle 1985 yılında çıkarılan

<sup>93</sup> Yargı kararına konu olan bir uyuşmazlıkta, araştırma görevlisi olarak görev yapan davacının almış olduğu uyarma cezasının kanundaki süreler geçtikten sonra özlük dosyasından silinmesi talebiyle yapmış olduğu başvurunun reddedilmesi üzerine, açmış olduğu davada idare mahkemesi dava konusu işlemin iptaline karar vermiştir. Mahkeme, disiplin cezasının kesinleştiği 2010 yılından sonraki beş yıllık süre içerisinde davacının herhangi bir adli veya idari bir soruşturma geçirmediğinden bahisle, davacıya verilen cezanın dosyasından silinmesine engel teşkil edecek somut bir olgunun bulunmadığı gerekçesiyle disiplin cezasının özlük dosyasından silinmemesi işlemini hukuka uygun bulmamıştır. (Mardin 2. İdare Mahkemesi'nin 23.01.2019 tarih ve E. 2018/189, K. 2019/65 sayılı kararı, <[http://www.ebs.org.tr/ebs\\_files/files/Disiplin\\_cezasi\\_karr.pdf](http://www.ebs.org.tr/ebs_files/files/Disiplin_cezasi_karr.pdf)>, E. T. 23.03.2022 ). Diğer uyuşmazlıkta aksi yönde hüküm tesis eden mahkeme, infaz koruma memuru olarak görev yapmakta olan davacının almış olduğu disiplin cezasının kesinleştikten sonra beş yıl geçtikten sonra cezanın silinmemesi yönünde kullanılan takdir hakkında hukuka aykırılık bulunmadığına karar vermiştir (İstanbul BİM 2. İDD, 25.01.2017, E. 2016/336, K. 2017/81, Lexpera İçtihat Bankası, <[www.lexpera.com.tr](http://www.lexpera.com.tr)>).



Yönetmelikte yer verilmiş, sonrasında bu Yönetmelik ilga edilerek 2012 yılında Yükseköğretim Kurumları Öğrenci Disiplin Yönetmeliği çıkarılmıştır. 1985 ve 2012 yılında çıkarılan iki yönetmeliğin ortak noktası, öğrencilere verilen disiplin cezalarının belirli süreler geçtikten sonra özlük dosyalarından silinmesine ilişkin bir hükme yer vermemiş olmalarıdır. Bu haliyle, öğrencilere verilen disiplin cezalarının silinmesine ilişkin bir düzenlemenin yokluğu, kişinin öğrencilik döneminde almış olduğu cezanın sonuçlarını neredeyse kişinin meslek hayatını etkileyen bir yaptırım haline dönüşmesine sebep olmuştur. Diğer yandan, bir yükseköğretim kurumunu bitirmiş, sonrasında meslek içi eğitimini tamamlamış bir memurun veya öğretim elemanının almış olduğu disiplin cezasının belirli süreler geçtikten sonra özlük dosyasından silinmesine ilişkin düzenlemelere 657 sayılı Kanun'da ve 2547 sayılı Kanun'da yer verilmiştir. Ayrıca ceza yaptırımının kişiler üzerinde daha ağır etkileri olsa da yaptırımın uygulandığı kişilerin topluma yeniden kazandırılması kapsamında adli sicile işlenen cezanın da belirli bir süre sonra silinmesi öngörülmüştür. Ancak daha hafif bir yaptırım türü olan öğrencilere verilen disiplin cezalarında bu yaklaşımın izlerini görmek pek mümkün değildir.

Geçmişten günümüze var olan bu boşluk, yükseköğretim kurumuna kayıtlı öğrenci sayısının giderek artmasıyla ve devlet memurluğuna girişte yapılan sözlü sınavlarda seçici unsurların da çeşitlenmesiyle öğrenciler üzerindeki etkisini daha çok hissettirmiştir. Bu zamana kadar bu boşluğa doktrinde beklenen ölçüde yer verilmemesi şaşırtıcıdır. Ancak öğrenci disiplin cezalarının özlük dosyasından silinmemesinin hukuka aykırılığına ve özlük dosyasına giren bu bilginin kişisel bir veri olduğuna işaret eden Boulanger'e ait çalışma, doktrinde bu zamana kadar pek üzerinde durulmayan adaletsizliği ortaya koymuştur.

Aslında disiplin cezalarının özlük dosyasından silinmesine ilişkin bir düzenlemenin olmamasının yaratmış olduğu boşluğun, haklar dengesi ve evleviyet kuralları ile doldurulabileceği öncelikle 2015 yılında Şen tarafından dile getirilmiş, bu gerekçeler 2020 yılının başında bir başvuruda Kamu Denetçiliği Kurumunun vermiş olduğu kararın temelini oluşturmuştur. Uyuşmazlık konusu olayda bir yükseköğretim kurumu öğrencisi, almış olduğu disiplin cezasının özlük dosyasından silinmesi talebiyle yaptığı başvurunun reddedilmesi üzerine Kamu Denetçiliği Kurumuna başvurmuştur. Kurum da, "öğrenci disiplin cezalarına ilişkin sicillerin tutulması ve belli koşullar çerçevesinde silinebilmesi için açık ve net düzenlemeler yapılması hususunda" Yükseköğretim Kurulu Başkanlığına tavsiyede

bulunulmasına karar vermiştir. Ancak Yükseköğretim Kurulunun 17.07.2020 tarihinde tesis etmiş olduğu işlemde bu durumun sadece “*öğrencilerin durumlarına ilişkin belgelerde öğrencilerin almış oldukları disiplin cezalarına yer verilmemesi*” hali ile sınırlı kalması mevcut hukuki sorunları çözümlenmemiştir. Kamu Denetçiliği Kurumunun tavsiye niteliğinde karar verdiğine şüphe bulunmamakla birlikte, toplumda oluşan beklenti Kurumun kararlarının idari makamlar tarafından ivedilikle dikkate alınmasıdır. Kamu Denetçiliği Kurumu, adli suç ve cezalara ilişkin sicilleri düzenleyen 5252 sayılı Kanun’un adli sicil bilgilerinin silinmesine ilişkin hükmün varlığı karşısında yükseköğretim öğrencilerine verilen disiplin cezalarının evleviyetle özlük dosyasından silinmesi kanaatindedir. Doktrinde Şen ve Boulanger tarafından kabul gören görüş bu yönde olmakla birlikte, Yükseköğretim Kurumları Öğrenci Disiplin Yönetmeliği’nin dayanak Kanunu olan 2547 sayılı Kanun’un disiplin cezalarının özlük dosyasından silinmesine ilişkin hükümlerinin “kıyas” veya “evleviyet” yolu ile yükseköğretim kurumunda öğrenci olanlara verilen disiplin cezalarının silinmesinde uygulanabilirliğinin tartışılması gerekir.

Kamu Denetçiliği Kurumu kararına konu olan olayda olduğu gibi öğrencinin lehine yapılabilecek bir yorumla doldurulabilecek bir boşluk varsa bu boşluğun idari yargı organları tarafından doldurulabilmesi mümkündür. Nihayetinde, idare hukuku içtihadı dayalı bir hukuk dalıdır ve idari yargı yerlerinden olası bir kanun boşluğunu doldurmasını beklemek idare hukukunun bu özelliği ile uyumluluk gösterir.<sup>94</sup> Diğer yandan hâlihazırda var olan uyuşmazlığa uygulanacak herhangi bir hüküm bulunmadığı durumlarda, idarenin hareketsiz kalması halinde idareden talepte bulunan kişi bakımından hukuka ve hakkaniyete aykırı durumlar ortaya çıkabilir. Kamunun menfaatini ilgilendirmeyen durumlarda üçüncü kişilerin haklarına da hâlel getirmeyecek şekilde idari makamların da boşluğu doldurabileceği ileri sürülebilir. Bununla birlikte, kanun koyucunun bu halde farklı uygulamaların önüne geçebilmek ve ivedilikle mevzuattaki boşluğu doldurmak adına kanuni düzenleme yapması en tutarlı çözüm yolu olacaktır.<sup>95</sup>

<sup>94</sup> ERKAL, s. 24-25.

<sup>95</sup> Yükseköğretim kurumu öğrencilerine verilen disiplin cezalarının özlük dosyasından silinmemesi konusunun mevzuat ile düzenlenmemesi nedeniyle meydana gelen Anayasa’ya aykırılık hakkında ilgili açıklamalar için bkz. BOULANGER, s. 233-234.

Amerika Birleşik Devletleri'nde üniversitelerin internet sayfalarında yer verilen öğrenci davranış kurallarında, öğrencilere verilen disiplin cezalarının hangi şartlar altında ve nasıl silinebileceğine ilişkin usul ve esasların tereddütte mahal bırakmayacak şekilde düzenlendiği görülmektedir. Bu kapsamda, Amerika Birleşik Devletleri'ndeki bazı yükseköğretim kurumlarında, öğrencilere verilen disiplin cezaları kayıt altına alındıktan sonra belirli şartlar altında öğrencinin talebi üzerine silinebilmektedir.<sup>96</sup> Kişilerin potansiyel işvereninin, kabul aldığı başka bir üniversitenin ya da bir devlet kurumunun; disiplin cezalarına ilişkin kayıtları talep etmesi halinde paylaşılacağı için öğrenciler, mezun olmadan önceki dönem veya mezun olduktan sonra disiplin kayıtların silinmesini talep etmektedirler.<sup>97</sup> Öğrenci başvurusunda, disiplin cezasına konu olan olaydan ne öğrendiğini, bu olaydan sonra hayatında neler değiştiğini ve olumsuz davranışının sonuçlarını ortadan kaldırmak için neler yaptığını anlatmaktadır.<sup>98</sup> Nihayetinde, disiplin cezasının silinmesinde takdir yetkisi üniversite idaresinde olup,<sup>99</sup> öğrencinin disiplin cezasına konu eylemine ilişkin pişmanlığı idarenin kararında etkili olmaktadır.

Ülkemizde bir yükseköğretim kurumuna kayıtlı öğrenci sayısı dikkate alındığında disiplin cezalarını sadece kurum içi düzeni sağlamak adına getirilen yaptırımlar olduğu savunmak güçtür. Disiplin cezasına ilişkin suç konusu fiillerin ve yaptırımların Anayasa'ya uygun şekilde düzenlenmesi suretiyle devlete duyulan saygınlığın ve güvenin de temin edileceği muhakkaktır.<sup>100</sup> Ancak öğrenci ile kendisine disiplin cezası veren idare arasında hiyerarşi ilişkisinin ötesinde başka bir ilişki vardır.

<sup>96</sup> Auburn University Code of Student Code of Student Conduct, s. 16-17, <<https://sites.auburn.edu/admin/universitypolicies/Policies/CodeofStudentConduct.pdf>>;

Berkeley University, Berkeley Campus Code of Student Conduct, s. 23, <[https://conduct.berkeley.edu/wp-content/uploads/2021/04/Code\\_of\\_Conduct-March\\_2021.pdf](https://conduct.berkeley.edu/wp-content/uploads/2021/04/Code_of_Conduct-March_2021.pdf)>, E. T. 24.04.2022.

<sup>97</sup> Auburn University, Expungement Request, <<https://conduct.auburn.edu/expungement-requests/>>, E. T. 24.04.2022.

<sup>98</sup> Auburn University Code of Student Code of Student Conduct s. 16-17, <<https://sites.auburn.edu/admin/universitypolicies/Policies/CodeofStudentConduct.pdf>>, 24.04.2022.

<sup>99</sup> Auburn University Code of Student Code of Student Conduct s. 16-17, <<https://sites.auburn.edu/admin/universitypolicies/Policies/CodeofStudentConduct.pdf>>; Berkeley University, Request to Expunge Conduct Record, <<https://conduct.berkeley.edu/form/expunge/>>, 24.04.2022.

<sup>100</sup> AKYILMAZ, s. 250.

İdare kamu hizmetini sunan, öğrenci de sunulan bu hizmetten faydalanan konumundadır. Bu sebeple, öğrenci ve idare arasında katı disiplin anlayışının varlığı kabul edilemez. Nihayetinde, disiplin cezalarının özlük dosyasından silinmesine ilişkin düzenlemenin yapılmamış olmasının olumsuz sonuçları öğrenciye yüklenmemeli ve öğrencilere verilen disiplin cezalarının belirli şartlar altında özlük dosyasından silinmesine ilişkin yasal düzenleme en kısa zamanda yapılmalıdır.

## KAYNAKLAR

- AKILLIOĞLU, Tekin, Yönetim Önünde Savunma Hakkı, Türkiye ve Ortadoğu Amme İdaresi Enstitüsü Yayınları No: 206, Ankara, 1983.
- AKTAŞ, Sururi, "Pozitif Hukukta Boşluk Kavramı", Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XIV, S. 1-2, 2010, s. 1-28.
- AKYILMAZ, Bahtiyar, "Anayasal Esaslar Çerçevesinde Kamu Personeli Disiplin Hukuku ve Uygulanması", Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 6, S. 2, Haziran-Aralık 2002, s.239-260.
- AKYILMAZ, Bahtiyar/SEZGİNER, Murat /KAYA, Cemil, Türk İdare Hukuku, 14. Baskı, Ankara, Savaş Yayınevi, 2021.
- ANAYURT, Ömer, Hukuka Giriş ve Hukukun Temel Kavramları, 21. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2021.
- ARAL, Vecdi, Hukuk ve Hukuk Bilimi Üzerine, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2021.
- ASLAN, Zehreddin/ALTINDAĞ, Halil, Memurların Disiplin Ceza Soruşturması (2547 sayılı Kanun Kapsamında Çalışanların Disiplin ve Ceza Soruşturması Dahil), Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2020.
- ATAY, Ender Ethem, İdare Hukuku, 6. Baskı, Ankara, Turhan Kitabevi, 2018.
- BACAKSIZ, Pınar, "Cezalandırma ve Toplumla Yeniden Kazandırma", Hakan Pekcanitez'e Armağan, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 18, Özel Sayı, 2014, s. 4917-4941.
- BALTA, Tahsin Bekir, İdare Hukuku I (Genel Konular), Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları No: 329, 1970.
- BATI, Murat, Vergi Hukuku (Genel Hükümler), Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021.
- BOULANGER, Özge Didem, "Disiplin Cezalarının Özlük Dosyalarından Silinmesi ve Cezalara İlişkin Bilgilerin Üçüncü Kişilere Verilmesi Meselesi", Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Yıl: 13, S. 50, Nisan 2022, s. 219-240.
- CENTEL, Nur, "Cezanın Amacı ve Belirlenmesi", Prof. Dr. Turhan Tufan Yüce'ye Armağan, Dokuz Eylül Üniversitesi Yayınları, İzmir, 2001, s. 337-372.

- ÇAĞLAYAN, Ramazan, İdare Hukuku, 6. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi, 2018.
- ÇİFTÇİOĞLU, Cengiz Topel, “2802 Sayılı Hâkimler ve Savcılar Kanununa Göre Hâkim ve Savcılar Disiplin Soruşturmaları”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 13, S. 1, 2011, s. 127-157.
- EDİS, Seyfullah, Medeni Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümler, 6. Baskı, Ankara, 1997.
- ERKAL, Atila, İdare Hukukunda Kıyas, Ankara, Savaş Yayınevi, 2022.
- GELEGEN, Taner, “Kamu Yönetimde Disiplin ve Disiplin Cezaları”, Danıştay Dergisi, Cumhuriyetin 50. Yılı Özel Sayı, 1973, s. 219-251.
- GÖZLER, Kemal, Hukuka Giriş, 17. Baskı, Bursa, Ekin Yayınevi, 2020.
- GÖZÜBÜYÜK, Şeref, Hukuka Giriş ve Hukukun Temel Kavramları, 35. Bası, Ankara, Turhan Kitabevi, 2013.
- GÜRİZ, Adnan, Hukuk Başlangıcı, 19. Baskı, Ankara, Siyasal Kitabevi, 2019.
- IŞIKLAR, Celal, Teoride ve Uygulamada Kamu Disiplin Yaptırımları, Ankara, Adalet Yayınevi, 2019.
- IŞIKTAÇ, Yasemin / METİN, Sevtap, Hukuk Metodolojisi, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2021.
- KAMAN KARAN, Nur, Devlet Memurluğunun Sona Ermesi, Ankara, Seçkin Yayınevi, 2003.
- KAYA, Cemil, “Memur Disiplin Suç ve Cezalarında ve Disiplin Soruşturmasına Hâkim Olan Temel İlkeler”, Amme İdaresi Dergisi, C. 38, S. 2, 2005, s. 61-87.
- OKUYUCU ERGİN, Güneş / BAŞ, Eylem, “Yükseköğretim Kurumu Öğrenci Disiplin Suçları, Cezaları ve Soruşturmalarına İlişkin Bazı Değerlendirmeler”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 27, S.1, Haziran, 2021, s. 26-47.
- ÖRÜCÜ, Esin, “Disiplin Cezaları, 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu Sistemi”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.32, S. 2-4, 1966, s. 782-823.

ÖZTÜRK, İlhami / SÜMER, Arif Emre, “Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında Yükseköğretim Öğrencileri Disiplin Rejiminin Suçta ve Cezada Kanunilik İlkesi Bakımından Değerlendirilmesi”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 27, S. 2, Aralık 2021, s.1039-1065.

SANCAKDAR, Oğuz, Disiplin Yaptırımı Olarak Devlet Memuriyetinden Çıkarma, Ankara, Yetkin Yayınları, 2001.

SEROZAN, Rona, Hukukta Yöntem-Mantık, İstanbul, Vedat Yayıncılık, 2017.

ŞEN, Ersan “Adli Sicil Kaydı”, 07.10.2015, <<https://sen.av.tr/tr/makale/adli-sicil-kaydi>>.

ŞEN, Ersan, “Öğrenci Disiplin Cezalarının Silinmesi”, 14.10.2015, <<https://www.haber7.com/yazarlar/prof-dr-ersan-sen/1599421-ogrenci-disiplin-cezalarinin-silinmesi>>.

TOPÇU, Namık Kemal / CAN, Neslihan, “Örgüt Suçlarından Mahkûm Olan Öğrencilerin Yükseköğretim Kurumundan Çıkarılmasının Cezaların İnfazının Amacı ve Eğitim Hakkı Bağlamında Değerlendirilmesi”, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XIX, 2022/1, s. 283-342.

ULUSOY, Ali Dursun, İdari Yaptırımlar, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2013.

### ÇEVİRİMİÇİ KAYNAKLAR

<http://oidb.ankara.edu.tr/files/2016/08/Yatay-Ge%C3%A7i%C5%9F-%C4%B0lkeleri.pdf>.

[http://www.ebs.org.tr/ebs\\_files/files/Disiplin\\_cezasi\\_karr.pdf](http://www.ebs.org.tr/ebs_files/files/Disiplin_cezasi_karr.pdf).

[https://cdn.bartın.edu.tr/oidb/c6736ae736a38d1ea0ef21155b4b5f7f/17\\_07\\_2020-tarihli-ogrenci-disiplin-cezolari-konulu-yok-yazisi.pdf](https://cdn.bartın.edu.tr/oidb/c6736ae736a38d1ea0ef21155b4b5f7f/17_07_2020-tarihli-ogrenci-disiplin-cezolari-konulu-yok-yazisi.pdf).

[https://cdn.istanbul.edu.tr/FileHandler2.ashx?f=onlisans-ve-lisans-mezularinin-basari-siralamasina-dair\\_637069191794967434.pdf](https://cdn.istanbul.edu.tr/FileHandler2.ashx?f=onlisans-ve-lisans-mezularinin-basari-siralamasina-dair_637069191794967434.pdf).

<https://conduct.auburn.edu/expungement-requests/>.

<https://conduct.berkeley.edu/form/expunge>.

[https://conduct.berkeley.edu/wp-content/uploads/2021/04/Code\\_of\\_Conduct-March\\_2021.pdf](https://conduct.berkeley.edu/wp-content/uploads/2021/04/Code_of_Conduct-March_2021.pdf).

<https://idari.adu.edu.tr/hukukmusavirligi/webfolders/private/20210415143124-7M1Q9EK2MAHKEMEKARAR-000063362114252418218761.pdf>.

<https://iibf.klu.edu.tr/Sayfalar/15774-sikca-sorulan-sorular.klu?sira=806>.

<https://kararlar.ombudsman.gov.tr/>.

<https://khyk.kazancihukuk.com>.

<https://ogrenci.usak.edu.tr/menu/3206>.

<https://ozal.edu.tr/wp-content/uploads/sites/78/2020/03/%C3%96zel-%C3%96%C4%9Frenci-Y%C3%B6nergesi-1.pdf>.

<https://panel.kku.edu.tr/Content/oidb/kanun/yenimevzuat/K%C3%9C%20%C3%96n%20Lisans%20ve%20Lisans%20E%C4%9Fitim %C3%96%C4%9Fretim%20Y%C3%B6nergesi%2013.pdf>.

<https://sites.auburn.edu/admin/universitypolicies/Policies/CodeofStudentConduct.pdf>.

<https://uskudar.edu.tr/assets/uploads/sayfa/18/file/uu-ogrenci-disiplin-sorusturmalarinda-uyulacak-esaslar-ve-yazisma-ornekleri.pdf?>

<https://w3.bilkent.edu.tr/www/disiplin-cezalarinin-silinmesi-konusunda-senato-karari-18-04-2018/>.

[https://www.anadolu.edu.tr/uploads/abp/duyuru/152\\_1437651016.pdf](https://www.anadolu.edu.tr/uploads/abp/duyuru/152_1437651016.pdf).

<https://www.anadolu.edu.tr/uploads/anadolu/ckfinder/web/files/ogrenci-isleri/onlisans-ve-lisans-programlarina-yatay-gecis-programlari-arasi-yatay-gecis-dikey-gecis-cift-yonergesi.pdf>.

<https://www.memurlar.net/haber/438088/ogrenci-sorusturmasinda-bunlara-dikkat.html>.

<https://www.mku.edu.tr/files/6af638da-1e68-4c43-891e-6f35a7ff9bb1.pdf>

<https://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/18634.pdf>.

[https://www.sbu.edu.tr/FileFolder/Dosyalar/eb408a43/2019\\_4/ozelogrenciyonergesi-0bf486ac.pdf](https://www.sbu.edu.tr/FileFolder/Dosyalar/eb408a43/2019_4/ozelogrenciyonergesi-0bf486ac.pdf).



<https://yuksekihtisasuniversitesi.edu.tr/uploads/docs/mevzuat/16135541>

56\_ozelogrenciyonergesi.pdf.

[www.lexpera.com.tr](http://www.lexpera.com.tr).



## YEREL İDARİ VESAYET İLİŞKİSİNİN YENİ BİR UYGULAMASI OLARAK OKSİMORONİK BİR KAVRAM: KIRSAL MAHALLE

Dr. Öğr. Üyesi Ünal KÜÇÜK\*

### Öz

Türkiye 2000’li yılların başında mahalli idareler alanında reform olarak nitelendirilebilecek olan bir dizi yasal düzenlemelere tanıklık etmiştir. Ardından 2012 yılında 6360 sayılı yasa ile büyükşehir olan illerde köyler kaldırılmıştır. 2020 ve 2021 yıllarında 5216 sayılı kanuna ek bir madde eklenmesi ile başlayan süreç, 31455 sayılı yönetmeliğin yayımlanması ile büyükşehir belediye sınırları içerisinde ‘kırsal mahalle’ uygulamasını ortaya çıkarmıştır. Çalışmanın konusu iki kavramın oksimoronik bir şekilde birleşmesiyle ortaya çıkan ve yerel idari vesayet ilişkisinin yeni bir uygulaması olarak değerlendirilen kırsal mahallelerdir. Çalışma nitel araştırma yaklaşımına dayalı olarak incelenmiş, ikincil veri kaynaklarından yararlanılmıştır. Çalışmanın amacı kırsal mahalle sürecini kavramsal açıdan ve vesayet denetimi boyutuyla ele almaktır. Çalışma sonucunda ‘mahalle’ ve ‘kırsal’ ifadelerinin birlikte kullanılmasının yerel yönetimlerin tarihsel oluşum süreci gözetildiğinde uyumsuz olduğu kanaatine varılmıştır. Diğer taraftan kırsal mahalle belirleme aşamasında, büyükşehir ve ilçe belediyeleri arasında ortaya çıkacak olan ilişki tipinin imar ve bütçe konularında olduğu gibi vesayet benzeri ilişkiler zincirine bir halka daha ekleyebileceği tespitinde bulunulmuştur.

\* Dr. Öğr. Üyesi, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İdare Hukuku Anabilim Dalı, Malatya, Türkiye | Asst. Prof., Inonu University, Faculty of Law, Department of Administrative Law, Malatya, Turkey.

✉ unal.kucuk@inonu.edu.tr • ORCID 0000-0002-0593-5935

✉ **Atf Şekli** | Cite As: KÜÇÜK, Ünal, “Yerel İdari Vesayet İlişkisinin Yeni Bir Uygulaması Olarak Oksimoronik Bir Kavram: Kırsal Mahalle”, *SÜHFD.*, C. 30, S. 4, 2022, s. 2163-2199.

✉ **İntihal** | **Plagiarism**: Bu makale intihal programında taranmış ve en az iki hakem incelemesinden geçmiştir. | This article has been scanned via a plagiarism software and reviewed by at least two referees.

✉ Bu eser Creative Commons Atf-GayriTicari 4.0 Uluslararası Lisansı ile lisanslanmıştır | This work is licensed under Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License.

## **Anahtar Kelimeler**

Mahalli İdareler • Vesayet Denetimi • Yerelleşme • Merkezileşme • Kırsal Mahalleler

## **AN OXYMORONIC CONCEPT AS A NEW APPLICATION OF LOCAL ADMINISTRATIVE TUTORIAL RELATIONSHIP: RURAL NEIGHBORHOOD**

### **Abstract**

In the early 2000's, Turkey witnessed a series of legal regulations that could be described as reforms in the field of local administrations. Then, in 2012, villages were abolished in metropolitan provinces with the law numbered 6360. The process, which started with the addition of an additional article to the law numbered 5216 in 2020 and 2021, revealed the practice of 'rural neighborhood' within the borders of the metropolitan municipality with the publication of the regulation numbered 31455. The subject of the study is rural neighborhoods, which emerged with the oxymoronic merging of two concepts, one of which refers to the rural area and the other to the urban area, and which are considered as a new application of the local administrative tutelage relationship. The study was examined based on the qualitative research approach and secondary data sources were used. The aim of the study is to deal with the rural neighborhood process conceptually and with the aspect of tutelage control. As a result of the study, it was concluded that the use of the expressions 'neighborhood' and 'rural' together is incompatible when the historical formation process of local governments is taken into account. On the other hand, it has been determined that the type of relationship that will emerge between the metropolitan and district municipalities during the determination of rural neighborhoods can add another link to the chain of tutelage-like relationships, as in the case of zoning and budget issues.

### **Key Words**

Local Governments • Administrative Tutelage • Localization • Centralization • Rural Neighbourhood

## **I. GİRİŞ**

Türkiye'de yerel yönetim birimlerinden büyükşehir belediyelerine yönelik düzenlemeleri konu alan 6360 sayılı yasa ile gerçekleştirilen ve

büyükşehir sınırları içerisinde yer alan köylerin statülerine son veren düzenlemenin<sup>1</sup> sürdürülemezliği kırsal mahalle uygulamasını ortaya çıkarmıştır.

Kentsel ve kırsal nüfus arasındaki ayırım tüm ülkeler için geçerli tek bir tanıma uygun değildir<sup>2</sup> çünkü kentleri kırsal alanlardan ayıran özelliklerde ulusal farklılıklar söz konusudur. Ancak bununla birlikte kentsel ve kırsal alan ayırımı için kullanılan birtakım ölçütler vardır. Genel çerçevede bu ölçütleri kentleri tanımlamada kullanılan nüfus, idari statü ve sosyolojik ölçütler<sup>3</sup> altında incelemek mümkündür. Nüfus, ulaşım imkânları, sosyo-ekonomik yapı, yapı durumu (konut ve diğerleri) söz konusu ölçütlerden bazılarıdır. Gelir düzeyindeki farklılıklar, sahip olunan meslekler, hanelerde yaşayan kişi sayıları ve mülkiyet durumları kent ve kır ayırımında yer alan diğer görünümelerdir.<sup>4</sup> Bu ölçütler esasen tek başına pek de yeterli sayılamazlar. Örneğin Wirth'e göre sayılar (nüfus) tek başına hiçbir anlam ifade etmemektedir. Ona göre bir topluluğun yalnızca büyüklük temelinde kentsel olarak nitelendirilmesi açıkça keyfiliktir.<sup>5</sup> İlgili görüşten yola çıkarak 6360 sayılı yasa ile bir günde köylerin statülerine son verilip mahalle sayılmalarının ne denli tartışmaya açık olduğu belirtilebilir.

Türkiye'de mahalleler kentsel alana ait yerleşim birimleridir. Kırsal ifadesi bu sebepten kentsel alan yönetim modeli olan mahalle ile bir araya geldiğinde oksimoronik (ikirciklemlili/müştemilü'z-zıddeyn) bir durum ortaya çıkmaktadır. Oksimoron, zıt kavramları karşılaştıran sözcüklerin

<sup>1</sup> On Dört İlde Büyükşehir Belediyesi ve Yirmi Yedi İlçe Kurulması ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun, 1/3. Madde

<sup>2</sup> Birleşmiş Milletler (2022). Erişim adresi: <https://unstats.un.org/unsd/demographic/sconcerns/densurb/densurbmethods.htm>, erişim tarihi: 02.06.2022

<sup>3</sup> KURT, Hacı, "Türkiye'de Kent-Köy ve Kentli-Köylü Algısı Üzerine Bir Araştırma", Mustafa Kemal Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, 3 (6), 2014, s. 3

<sup>4</sup> YAŞ, Hakan ve GÜLER, Talat, "Kır – Kent Ayrımı Görünümlerinin Havsa Örneğinde İncelenmesi", Marmara Üniversitesi Öneri Dergisi, 12 (46), 2016, s. 1

<sup>5</sup> WIRTH, Louis, "Urbanism as a Way of Life", The University of Chicago Press, 44 (1), 1938, s. 4

farklı amaçlarla bir arada kullanılmalıdır ve daha çok bir anlatım sanatıdır<sup>6</sup>. Oysa ‘kırsal mahalle’ ifadesi<sup>7</sup> herhalde bir anlatım sanatı olarak değerlendirilemez. ‘Kırsal’ ve ‘mahalle’ ifadelerinin bir arada kullanımı resmi anlamda ancak uyumsuzluk örneği olarak değerlendirilebilir.

2000’li yıllar, Türkiye’nin yönetim anlayışında reform olarak nitelendirilebilecek değişikliklere sebep olan çok sayıda yasal düzenlemelerin yapıldığı bir döneme denk düşmektedir. Kamu yönetiminin merkezi yönetim ile birlikte iki sacayağından birisi olan yerel yönetimler de, doğal olarak bu süreçte yoğun yasal düzenlemelere maruz kalan alanların başında gelmiştir. Avrupa Birliği değerlerinin benimsenmesi, yerelleşme anlayışı ve hâlihazırdaki yerel yönetimlere ilişkin yasal düzenlemelerin yetersizliği yerel yönetimlere yönelik olumlu anlamda birçok adımın atılmasına neden olmuştur. Ancak yerel yönetimler alanında atılan adımlar tutarlılık kazanamamış, özellikle köylere ilişkin düzenlemeler tam bir kafa karışıklığı ile sonuçlanmıştır. 1924 tarihli Köy Kanunu ile idare edilen kırsal yerleşim birimlerinin en alt düzeyinde yer alan bu kadim idari birim için kapsamlı düzenlemenin kaçınılmaz bir ihtiyaç haline geldiği bilinmektedir. Bu doğrultuda 2000’li yılların başında reformist düzenlemelere maruz kalan yerel yönetimler alanında köylere ilişkin olumlu anlamda kayda değer bir düzenleme yapılmamış ve adeta kırsal yerleşimlerin özünü teşkil eden köyler görmezden gelinmiştir. 2008-2009 yıllarında ise katılımlı yönetim anlayışı sergilenerek mülki amirler, üniversite temsilcileri, yerel yönetim temsilcileri, merkezi yönetimi temsilen bakanlık yetkilileri ve diğer ilgililerin birlikteliğiyle İçişleri Bakanlığı bünyesinde Köy Kanunu Çalıştayı düzenlenmiş, köylerin görev ve yetkilerini düzenleyen köy kanunu taslağı<sup>8</sup> oluşturularak o dönem Mahalli İdareler Genel Müdürlüğü’nün internet sitesinde yayımlanmıştır.<sup>9</sup> Ancak yaklaşık üç yıl sonra 6360 sayılı kanun ile Türkiye’de büyükşehir anlayışı kapsamlı bir

<sup>6</sup> GÜNGÖR, Ahmet, “İkirciklem (Oxymoron) Uyumsuzluğun Uyumunu”, Karadeniz Uluslararası Bilimsel Dergi, 1 (23), 2015, s. 102

<sup>7</sup> Kırsal mahalle terimi ilk kez 7254 sayılı ‘Kamu Malî Yönetimi ve Kontrol Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun’ ile 5216 sayılı kanunda değişiklik yapan 10. madde düzenlemesi ile kullanılmaya başlanmıştır.

<sup>8</sup> Erişim linki: <http://www.yayed.org/id143-incelemeler/koylere-ne-oluyor-taslak-burada.php#.Ytel4XZBzIU>

<sup>9</sup> ALTAN, Yakup, KERMAN, Uysal ve AKTEL, Mehmet, “Köy Kanunu Tasarısı Taslağı Üzerine Bir Değerlendirme”, Dumlupınar Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, 26, 2010, s. 57

değişikliğe uğratılmış, büyükşehir olan illerde adeta kırsal alan uygulamasına son verilerek il mülki sınırları beledi sınırlarla örtüştürülmüştür. İl özel idareleri ve köylerin statülerinin ortadan kaldırılmasıyla sonuçlanan durumun ardından Türkiye’de ilgili yasal düzenleme sonucunda, 30 büyükşehirde anayasal düzeyde zikredilen köy ve il özel idarelerinin varlığı sonlandırılmıştır<sup>10</sup>. Uygulamanın anayasaya aykırılığı tartışılmakla birlikte, her ne kadar 1982 Anayasası’nda zikredilmiş olsa da söz konusu mahalli idare birimlerinin her ilde bulunmasının zorunlu olmadığı yönünde görüşler mevcuttur.<sup>11</sup> Bu konuda ana muhalefet partisi tarafından anayasaya aykırılık iddiasıyla açılmış dava ise Anayasa Mahkemesi tarafından reddedilmiştir<sup>12</sup>. Köy ve beldelerin tüzel kişiliklerinin kaldırılmasına ilişkin düzenlemelerin Avrupa Yerel Yönetimler Özerklik Şartı’na, 1982 Anayasası’nın 63., 90., 127. ve 153. maddelerine aykırı olduğu iddia edilmiş, Anayasa Mahkemesi ise ilgili düzenlemenin anayasanın 127. ve 153. maddelerine aykırı olmadığını, kuralların 63. madde ve 90. madde ile de ilgisi bulunmadığını belirtmiştir. Söz konusu anayasa mahkemesi kararının aksine ilgili düzenlemenin anayasaya aykırı olduğu yönünde akademik çalışmalar bulunmaktadır. Bununla birlikte köylerin statülerine son verilmesi ile yerel yönetimlerin ve yerel demokrasinin zarar göreceği yönünde akademik çalışmalar da mevcuttur. Örneğin Gözler’e göre köylerin kaldırılması anayasaya aykırıdır. Köylerin tüzel kişilikleri yasalarca keyfi biçimde kaldırılamaz bunun için köylerin köy vasfını yitirmeleri gerekmektedir.<sup>13</sup> Bu kapsamda ele almaya çalıştığımız konu ise

<sup>10</sup> 6360 sayılı kanun, 1/3 ve 1/5 maddeleri.

<sup>11</sup> MURATOĞLU, Tahir, “Mahalli İdareler Mevzuatında 6360 Sayılı Kanun-la Yapılan Değişiklikler”, Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 20 (32), 2015, s. 80

<sup>12</sup> Dava dilekçesinde 6360 sayılı kanununun 1. maddesinde yer verilen, köy ve il özel idarelerinin tüzel kişiliğine son veren düzenlemelerin 1982 Anayasası’nın 123. maddesinde aykırı olduğu iddiası öne sürülmüştür. Anayasa mahkemesi ise bu iddiayı reddetmiştir. 1982 Anayasasına göre idarenin bir bütün olduğu, kanunla düzenlenmesi gerektiği ve merkezi idarenin yerel yönetimler üzerinde denetim yetkisine sahip olmasının anayasaya aykırılık teşkil etmeyeceği yönündeki hükümleri ilgili istemin reddedilme gerekçesi olarak belirtilmiştir.

İlgili Anayasa Mahkemesi kararı için bkz. Anayasa Mahkemesi Kararı, Esas Sayısı: 2013/19, Karar Sayısı: 2013/100, Karar Günü: 12.09.2013, Resmi Gazete Tarih ve Sayısı: 18.09.2013 ve 29123.

<sup>13</sup> GÖZLER, Kemal, “6360 Sayılı Kanun Hakkında Eleştiriler: Yirmi Dokuz İlde İl Özel İdareleri ve Köylerin Kaldırılması ve İlçe Belediyelerinin Büyükşehir İlçe Belediyesi

6360 sayılı kanunun yerel yönetimler alanında meydana getirdiği değişimlerden daha çok 2020 ve 2021 yıllarında 5216 sayılı kanuna eklenen 3. madde ve 31455 sayılı yönetmelik ile idari birimler arasında dâhil edilen kırsal mahallelerdir.

Belirtilen hedeflere ulaşmak gayesiyle öncelikle kavramsal açıdan köy ve mahalle kavramları üzerinde durulmuştur. Köy ve mahallenin tarihsel gelişim sürecine, karakteristik özelliklerine, tüzel kişiliği haiz olup olmamalarına yer verilmiştir. Ardından 6360 sayılı kanun çerçevesinde köylerin statülerinin değiştirilmesi, değişim süreci ve bu durumun sonuçları değerlendirilmiştir.

Kavramsal çerçeve başlığı altında ele alınan son alt başlık ise çalışmanın sorun başlığı içerisinde yer alan vesayet kavramı olmuştur. Öyle ki kırsal mahalle olma sürecinde büyükşehir ile ilçe belediyeleri arasındaki ilişkinin ifade edilme süreci sancılı olmuş, bu durum vesayet benzeri bir denetim ilişkisi olarak adlandırılmıştır. Daha sonraki bölümlerde ise kırsal mahalle, kavramsal açıdan ele alınarak, kırsal mahalle olma süreci hukuki açıdan değerlendirilmiştir. Bu süreçte büyükşehir ve ilçe belediyeleri arasındaki ilişkinin niteliği saptanarak, tespit ve öneriler ile çalışma sonlandırılmıştır.

## II. YÖNTEM

Nitel araştırma yöntemlerinden literatür taramasının tercih edildiği çalışmada ikincil veri kaynaklarından yararlanılmıştır. Çalışmada birtakım araştırma sorularına konuya ilişkin mevzuat, akademik çalışmalar ve mahkeme kararları üzerinden cevaplar aranmıştır. Kırsal mahalle ve kırsal alan yönetmeliği ile amaçlanan şey nedir? Kırsal alan ve mahalle kavramları ne anlama gelmektedir? Türkiye’de önceki dönemlerde kırsal mahalle uygulaması var mıdır veya bu konuda kapsamlı bir çalışma yapılmış mıdır? Mahalleden kırsal mahalleye dönüşümün ilgili yerleşim birimleri açısından ne gibi avantaj ve dezavantajları vardır? Dönüşümün usulü ve prosedürleri nelerdir? Hangi birimler dönüşüm sürecinde ne tür yetkiye sahiptir? Uygulama ile yerel düzeyde yeni bir tür vesayet ilişkisi mi doğmuştur? Kimler söz konusu statü değişikliğini talep edebilir? İlgili kararlara karşı denetim yolları nelerdir ve kimler hangi kanun yollarına başvuruda bulunabilir?



### III. KAVRAMSAL ÇERÇEVE

Kırsal mahalle uygulaması ve bu uygulama sonucunda ortaya çıkacak/çıkabilecek yeni ilişki tiplerinin ve izlek sürecinin daha iyi aydınlatılması adına başta köy ve mahalle kavramları ile 6360 sayılı yasa ve bu yasa sonrası özellikle köylerin mahalleye dönüştürülmesi ve yerel yönetim alanında meydana gelen değişikliklerin irdelenmesi gerekmektedir. Öyle ki kırsal mahalle uygulaması ilgili yasa değişikliğinin ardından geçen yaklaşık on yıllık süre sonunda yaşanan birtakım uygulama sorunlarının neticesi olarak değerlendirilebilir. Diğer taraftan kırsal mahalle uygulaması, merkezi idare ile merkezi idare dışında tüzel kişiliğe sahip kamu tüzel kişileri arasında idarenin bütünlüğü ilkesinin sonucu olarak kabul edilen ve bu düzlemde uygulanagelen vesayet denetimini yerel düzeye taşıyarak, ilgili ilçe belediyesi kararı üzerinde büyükşehir belediyesine değişiklik yapma, onama-onamama, genişletme yetkisi vermektedir. Bu yüzden vesayet ve yerel vesayet kavramları üzerinde durularak kırsal mahalle uygulamasının neden yeni bir yerel vesayet uygulaması olduğu tartışılmıştır.

#### A. Köy ve Mahalle

Türkiye’de köy yönetim biçiminin kademeli olarak önce mahalleye ardından kırsal mahalleye dönüşümü söz konusudur. Oysa köy ve mahalle birimleri ayrı ayrı, kentlerde ve kırsalda kadim birer yönetim birimi olarak uygulanagelmişlerdir. Kırsal alan için köy ne anlam ifade etmekte ise kent düzeninde mahalle aynı işlevi üstlenmiştir. Cumhuriyet dönemiyle birlikte köy tüzel kişilik kazanarak mahalli idari birimleri arasındaki yerini alırken mahalleler yönetsel kimliği belirsiz yapılar olarak kalmıştır.<sup>14</sup> Köy ve mahalle birimleri tarihsel yönetim birimleridir ancak kırsal mahalle modelinin 6360 sayılı yasanın meydana getirdiği aksaklıkların bir sonucunda ortaya çıkan yeni bir uygulama olduğu belirtilmelidir. Kentsel alan sınırlarının bütünşehir ölçeğinde genişlemesiyle kırsal alanın ortadan kaldırılması, büyükşehir olan kentlerde köy-mahalle kargaşası yaşanmasına neden olmuştur. Kentsel özellik sergilemeyen kırsal yerleşim alanlarının en küçük yönetsel birimi olan köyler, benimsenen politikalar sonucunda mahalle olarak kabul edilmek durumunda kalmış-

<sup>14</sup> KARAKAYA, Sedat, “Mahalle Yönetimi ve Temel Sorunları.” Van Yüzüncü Yıl Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi. 50, 2020, s. 463

tır. Benzer bir sorun büyükşehir olan illerde, belediye-il özel idaresi-yatırım izleme ve koordinasyon başkanlıkları üzerinden de yaşanmaktadır. Çalışmanın kapsamı dışında kaldığından bu başlıklar üzerinde fazlaca durulmamıştır.

Köyler, belediye ve il özel idaresi ile birlikte 1982 Anayasası'nda belirtildiği üzere, karar organı seçmenlerce oluşturulan kamu tüzel kişiliğini haiz bir mahalli idare birimleridir. Köy idaresinin Osmanlı döneminde ilk kez miladi takvimle 08.10.1864 tarihli Tuna Vilayet Nizamnamesi ve devamında 07.11.1864 Vilayet Nizamnamesi ve 22.01.1871 İdare-i Umu-miye-i Vilayet Nizamnamesi'nde düzenlendiği belirtilmektedir.<sup>15</sup> Hatta 1858 tarihli Arazi Kanunnamesi ve diğer düzenlemelerde köylerin kariye adı altında düzenlendikleri görülmektedir.<sup>16</sup> Türkiye'de köye ilişkin yasal düzenleme ise 442 sayılı Köy Kanunu'dur. 1924 tarihli bu kanuna göre; "Cami, mektep, otlak, yaylak, baltalık gibi orta malları bulunan ve toplu veya dağınık evlerde oturan insanlar bağ ve bahçe ve tarlalarıyla birlikte bir köy teşkil ederler" (2. madde). Aynı kanunda köyler, nüfusu 2.000'den aşağı (1. m.) olan başlı başına bir varlık (şahsı manevi/tüzel kişi) (7. m.) olarak tanımlanmıştır. Mülki idare bölümleri envanterine göre Türkiye'de 18.292 köy yer almaktadır (İçişleri Bakanlığı, Mülki idare bölümleri, 2022).<sup>17</sup>

Mahalle kavramı etimolojik olarak incelendiğinde; "bir yere inmek, konmak, yerleşmek" anlamına gelen 'hall' (halel ve hulûl) kökünden türetilmiş bir mekân ismi olarak karşımıza çıkmakta, arızı veya kalıcı (devamlı) surette yerleşmek için kurulmuş küçük yerleşim yerlerini ifade etmektedir.<sup>18</sup> Çok farklı şekillerde tanımlamalara sahip olsalar da mahallenin genel olarak Osmanlı örgütlenmesi içerisinde en küçük idari ve mali

<sup>15</sup> GÖZLER, Kemal, "Osmanlı/Türk Köy İdaresi Sistemi Üzerinde Fransız Etkisi: 1864 ve 1871 Osmanlı Nizamnamelerinin Köylere İlişkin Hükümleri ve 1924 Köy Kanunu Fransa'dan mı İktibas edilmiştir?" Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 68 (2), 2019, s. 418

<sup>16</sup> BAŞA, Şafak, "Köy Yönetimi, Toplum Kalkınması ve Köykent Yaklaşımı", 2017, Erişim Adresi: [http://www.safakbasa.com.tr/yuklenen\\_akademik\\_calismalar/16-KOY\\_YONETIMI\\_TOPLUM\\_KALKINMASI\\_VE\\_KOYKENT\\_YAKLASIMI\(KONFERANS\).pdf](http://www.safakbasa.com.tr/yuklenen_akademik_calismalar/16-KOY_YONETIMI_TOPLUM_KALKINMASI_VE_KOYKENT_YAKLASIMI(KONFERANS).pdf), Erişim tarihi: 13.05.2022, s. 4-5

<sup>17</sup> İçişleri Bakanlığı, Mülki İdare Birimleri Envateri (2022). Erişim adresi: <https://www.e-icisleri.gov.tr/Anasayfa/MulkiIdariBolumleri.aspx>, erişim tarihi: 13.05.222

<sup>18</sup> YEL, Ali Murat ve KÜÇÜKAŞÇI, Mustafa Sabri, "Mahalle", Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi, 23, 2003, s. 323

birimi oluşturduğu bilinmekte ve genellikle farklı dini grupların yaşadıkları alanlar olsalar da bu durumun mutlak bir kural olmadığı gözlemlenmektedir.<sup>19</sup> Ergenç, Osmanlı şehirlerinde mahalleyi; birbirini tanıyan, bir ölçüde birbirlerinin davranışlarından sorumlu, sosyal dayanışma içinde olan kişilerden oluşmuş bir topluluğun yaşadığı yer olarak tanımlamıştır.<sup>20</sup> Söz konusu tanımın Türkiye’de hâlihazırdaki mahallelerin tümü için geçerli olduğunu söylemek pek mümkün görünmemekle birlikte mekân ve nüfus bakımından küçük mahalleler için daha geçerli bir tanım olduğu açıktır. Şöyle ki Osmanlı’da mahalle kavramına sosyolojik anlamda aidiyet ruhu da eklenerek mahalle yerleşiklerinin birbirlerine kefil oldukları gözlemlenmiştir.<sup>21</sup> Osmanlı ve hatta Selçuklu dönemine kadar uzanan köklü bir geçmişe sahip mahalle uygulamasının<sup>22</sup> günümüz uygulamasından oldukça farklı olduğu gözlemlenmektedir. Suçluların tespiti ve asayişin sağlanması, kamu görevlilerinin kontrolü, mahalle hakkında alınacak kararlara katılım ve fiilen kamu hizmetlerinin yerine getirilmesi gibi çeşitli görev ve sorumlulukların yerine getirildiği idari bir birimdir.<sup>23</sup> Mülki idare bölümleri envanterine göre Türkiye’de 32.173 mahalle yer almaktadır.<sup>24</sup> Ancak söz konusu dokümanda kırsal mahalleye ilişkin herhangi bir veri yer almamaktadır.

5393 sayılı Belediye Kanunu’nun 3. maddesinde mahalle; ‘belediye sınırları içinde, ihtiyaç ve öncelikleri benzer özellikler gösteren ve sakinleri arasında komşuluk ilişkisi bulunan idarî birim’ şeklinde tanımlanmıştır. İlgili yasaya göre mahallelerin kurulması, kaldırılması, birleştirilmesi ve bölünmesi ile isimlerinin ve sınırlarının değiştirilmesi ve tespiti be-

<sup>19</sup> ERGENÇ, Özer, “Osmanlı Şehrindeki «Mahalle» nin İşlevi ve Nitelikleri Üzerine. Osmanlı Araştırmaları IV. Editör Halil İnalçık, Nejat Göyünç, Heath W. Lowry. 69-78, Journal of Ottoman Studies, Enderun Kitabevi, İstanbul, 1984, s. 71/ BAYARTAN, Mehmet, “Osmanlı Şehrinde Bir İdari Birim: Mahalle”, İstanbul Üniversitesi Fen Edebiyat Fakültesi Coğrafya Bölümü Coğrafya Dergisi, 13, 2005, s. 95-96

<sup>20</sup> ERGENÇ, s. 69

<sup>21</sup> Ankara Şeriye Sicili VIII/538-540 akt. ERGENÇ, s. 73

<sup>22</sup> KARAKAYA, s. 464-465

<sup>23</sup> YILMAZ, Vedat ve MECEK, Mehmet, “Türkiye’de Mahalle Yönetimlerinin Tarihsel Gelişimi ve Hukuki Statüsü”, İdealkent Kent Araştırmaları Dergisi, 27 (10), 2019, s. 773-774

<sup>24</sup> İçişleri Bakanlığı, 2022

diye meclisinin kararı, kaymakamın görüşü ve valinin onayı ile olmaktadır.<sup>25</sup> Mahallelerin kuruluş sürecinde kaymakam görüşü ve vali onayı, merkezi yönetimin yerel yönetimler üzerindeki vesayet uygulamalarındandır. Yasa bu anlamda ilgili kararı alma yetkisini belediye meclisine vermiş olsa da<sup>26</sup> belediye sınırları içerisinde mahalle kurulmasını nüfus şartına bağlamış ve belediye sınırları içerisinde nüfusu 500'ün altında mahalle kurulamayacağı hükmünü benimsemiştir. Bir idari birim olarak tanımlanan mahallerin tüzel kişilikleri yoktur. Bu durumun doğal sonucu olarak idari ve mali özerkliğe sahip değildirler ancak mahalle muhtarları da köy muhtarları gibi seçimle iş başına gelirler. İdari özerkliğe sahip olmayan mahallelerin ihtiyaçları ilgili belediyelerin bütçe imkânları doğrultusunda çözümlenmeye çalışılmaktadır. Kendi personel ve bütçesine sahip olmayan mahallelerin muhtarlık bünyesinde kent konseyi ve belediye ihtisas komisyonları üzerinden yönetime katılması mümkündür.<sup>27</sup>

Köklü tarihsel geçmişe sahip iki idari birim olan mahalle ve köyler birbirlerinden ayrışmaktadır. Bu ayrışma daha çok tüzel kişiliğe sahip olma ve mekân bakımından somutlaşmaktadır. Köyler 1982 Anayasası'nın 127. maddesinde belirtilen bir mahalli idare birimidir, yani yer yönünden yerinden yönetim kuruluşudur. Buna bağlı olarak gerek anayasada belirtilen haliyle gerek 1924 tarihli Köy Kanunu'nda yer alan düzenlemelerin sonucunda tüzel kişiliği haiz bir birim olarak düzenlendiği görülmektedir. Diğer taraftan mahalleler tarihsel sürece uygun olarak kentler içerisindeki en küçük idari birimi temsil ederken, köyler ise kırsal alan veya belediye teşkilat sahasının dışındaki en küçük idari birimi temsil etmektedir. Köy ve mahalle uygulamasının en önemli ortak yönü ise seçimle iş başına gelen yöneticilere sahip olmasıdır. Ancak bununla birlikte köy ve mahalle, hukuki bakımdan, yerleşim mekânı ve sosyolojik bakımdan çok farklı yapıya sahip iki yerleşim birimi olarak değerlendirilmelidir.

---

<sup>25</sup> 5393 Sayılı Belediye Kanunu, 9. madde

<sup>26</sup> 5393 Sayılı Belediye Kanunu, 18/n madde

<sup>27</sup> 5393 Sayılı Belediye Kanunu, 24 ve 76. madde

## B. 6360 Sayılı Kanun ve 30 Büyükşehirde Köylerin Statülerinin Kaldırılması

1982 Anayasası'nda kanunla büyük yerleşim yerleri için özel yönetim biçimlerinin uygulanabileceğini belirtilmektedir.<sup>28</sup> Söz konusu anayasa maddesine dayanarak 6360 sayılı kanunla birlikte 14 ilde daha büyükşehir yönetim modelinin uygulamasına karar verilmiştir<sup>29</sup>. 6360 sayılı kanun yerel yönetimlere ilişkin diğer birçok düzenlemeyi de dolaylı yollardan etkilemiştir. Yerel yönetimlere aktarılan paylar, beledi sınırlar, büyükşehir belediyesi nüfus ölçütü, il özel idarelerinin, bucakların ve köylerin büyükşehir olan illerden kaldırılması, yerel yönetimlere ilişkin seçim kanununda meydana gelen değişiklikler 6360 ile meydana gelen değişikliklerden bazılarıdır.

Çalışma açısından 6360 sayılı kanunun meydana getirdiği önemli değişiklik ise söz konusu kanunla birlikte ilgili 30 büyükşehir belediyesinde yer alan köylerin statülerinin değiştirilmiş olması daha doğrusu statülerine son verilerek mahalle olarak buldukları ilçenin belediyelerine katılmış olmalarıdır. Yani 6360 sayılı yasa sonrası köklü tarihsel geçmişe sahip olan bir kırsal alan yerleşim birimi olan köyler tamamen uygulamadan kaldırılmıştır. Bununla birlikte aynı kanunda büyükşehir belediyelerinin sınırları il mülki sınırı olarak belirtilmiştir.<sup>30</sup> Aslında bir anlamda söz konusu yasa ile kırsal alan görmezden gelinerek il ve ilçe belediye sınırları mülki sınırlar ile çakıştırılmış ve coğrafi anlamda il sınırları ile belediye sınırları örtüştürülmüştür. Böylelikle tamamı belediyelerin görev ve yetki sahası içerisinde kalan büyükşehirlerde, il özel idareleri, bucak yönetimleri ve kırsal alanlarda tarihsel anlamda en küçük yerleşim birimini ifade eden köyler kaldırılmıştır. Köylerin statülerine son verilmesi yeni bir başlangıç sayılan büyükşehirlerde kırsal mahalle uygulamasına giden süreci başlatmıştır.

6360 sayılı kanunla birlikte 30 büyükşehirde köylerin tüzel kişiliğinin kaldırılmasının yanısıra köylere ilişkin önemli birtakım değişiklikler

<sup>28</sup> 1982 Anayasası, 127/3. madde

<sup>29</sup> Kanun metninin ilk halinde 13 il büyükşehir belediyesi kapsamına dâhil edilmişken, 6447 sayılı kanunla, 6360 sayılı kanunda değişiklik yapılmış ve Ordu ili 14. büyükşehir olarak düzenlemedeki yerini almıştır.

<sup>30</sup> 6360 sayılı kanun, 1. madde

daha yapılmıştır. İlgili kanunun çeşitli hükümler başlıklı üçüncü maddesinde, ilçe belediyeleri veya ilçe belediyelerinin talep etmeleri halinde büyükşehir belediyelerinin bu kanun çerçevesinde köyden mahalleye dönüşen yerlerde imar mevzuatı doğrultusunda tip mimari proje yapma veya yaptırma yetkisi söz konusudur. Aynı kanun maddesinin 4. bendinde köylere şartlı bağışı taşınır ve taşınmazların devrinin yapıldığı kuruma söz konusu taşınır ya da taşınmazların bağış amacına uygun kullanılması sorumluluğu yüklenmiştir. Tüzel kişiliği kaldırılan köylere ilişkin bir diğer düzenleme ise köylerde görev yapan geçici ve gönüllü köy korucularına ilişkindir. Her ne kadar köy statüsü sona erse de ilgili yerlerde görev yapan korucuların görevlerinin devam edeceği, 442 sayılı kanun ve diğer ilgili kanunlarda kendilerine sağlanan haklardan aynı şekilde devam edecekleri ve aynı zamanda ilgili yerlerde ihtiyaç olması halinde aynı usulle görevlendirme yapılabileceği belirtilmiştir. İlgili kanuna 2014 yılında 6569 sayılı kanun ile eklenen madde ile benzer bir koruma tüzel kişiliği kaldırılan belde ve köylerde 657 sayılı kanunun 86'ncı maddesine istinaden atanan ebe ve hemşireler için de getirilmiştir.<sup>31</sup> İlgili kanunun geçici 1. maddesinin 3. fıkrasına göre tüzel kişiliği kaldırılan köylerin taşınmaz ve taşınır malları, hak, alacak ve borçları ve personeli ilgisine göre bakanlıklara, büyükşehir belediyesine, bağlı kuruluşuna veya ilçe belediyesine devredilmiştir. Tüzel kişiliğinin kaldırılmasının doğal sonucu olarak dava ehliyetini kaybeden köylerin mahkemelerde süren davalarında katıldıkları ilçenin belediyesi taraf olmaktadır.<sup>32</sup> Bununla birlikte kanunun geçici 1. maddesinin 15. fıkrası tüzel kişiliği kaldırılan köylere vergi, harç, katılım payı, emlak vergisi ve su ücretlerine birtakım muafiyetler tanımıştır:

*“(15) Bu Kanuna göre tüzel kişiliği kaldırılan köylerde, bu fıkranın yürürlüğe girdiği tarihten itibaren 29/7/1970 tarihli ve 1319 sayılı Emlak Vergisi Kanununa göre alınması gereken emlak vergisi ile 26/5/1981 tarihli ve 2464 sayılı Belediye Gelirleri Kanunu uyarınca alınması gereken vergi, harç ve katılım payları 31/12/2022 tarihine kadar (bu tarih dâhil) alınmaz ve 31/12/1960 tarihli ve 193 sayılı Gelir Vergisi Kanununun 9 uncu maddesinin birinci fıkrasının üçüncü bendi, 23 üncü maddesinin birinci fıkrasının birinci bendi ile beşinci bendi, 66 ncı maddesinin birinci*

<sup>31</sup> 6360 sayılı kanun, 3. md. 5. fıkra, 3. md. 7/11 fıkra

<sup>32</sup> 6360 sayılı kanun, Geçici 1. m. 13 fıkra

*fikrasının beşinci bendi hükümleri 31/12/2022 (bu tarih dâhil) tarihine kadar uygulanmaya devam edilir. Bu yerlerde içme ve kullanma suları için alınacak ücret 31/12/2022 tarihine kadar (bu tarih dâhil) en düşük tarifenin % 25'ini geçmeyecek şekilde belirlenir."*

Ayrıca yine 6360 sayılı kanuna göre İstanbul ve Kocaeli illeri hariç olmak üzere büyükşehir, büyükşehir ilçe belediyeleri ve bağlı idarelerin, yatırım bütçelerinin en az yüzde onunu on yıl süre ile bu kanun kapsamında belediye sınırlarına dâhil olan yerleşim yerlerinin altyapı hizmetleri için ayırıp kullanmak zorunda oldukları belirtilmektedir.

6360 sayılı kanun ile köy statüsünden mahalle statüsüne dönüştürülen alanlarda meydana gelen ve tartışılan en önemli değişikliklerden birisi de 'ruhsatlandırılmış sayılma' ifadesidir. Büyükşehir sınırları içerisinde kalan tüm köylerdeki yeterince denetime uğramamış ve imara ayırıkırı olan birçok yapı ruhsatlandırılmış sayılmaktadır. Hatta mahkeme kararlarıyla sabit olan bu durum adeta bir imar affı niteliği taşımaktadır.<sup>33</sup>

6360 sayılı yasa ile her ne kadar köy tüzel kişiliğine son verilmiş olsa da yaklaşık 10 yıllık sürenin ardından kimi büyükşehirlerde mahalle uygulamasından kaynaklanan sorunlara cevap vermek adına kırsal mahalle kavramı geliştirilmiş ve köy yönetimlerine benzer birtakım uygulamalar ortaya konulmuştur. Çalışmanın ilerleyen bölümlerinde ayrıntılı olarak değinilen bu uygulamalar esasen köylere ilişkin bir kafa karışıklığı yaşadığı göstermektedir. Karaarslan'ın ifade ettiği gibi<sup>34</sup> bir yandan 2009 yılında köylerle ilgili yeni Köy Kanunu tasarısı hazırlanmaya çalışılmakta ve bu taslakta köyler olabildiğince görev ve yetkiler bakımından güçlendirilmeye çalışılmakta iken diğer yandan 2012 yılında 6360 sayılı kanunla birlikte büyükşehir olan illerde köyler kaldırılmaktadır. Söz konusu köy kanunu taslağı yerel yönetim temsilcileri, mülki amirler, bakanlık temsilcileri, akademisyenler ve ilgili diğer kişilerin katılımı ile 2008 yılında gerçekleştirilen geniş kapsamlı çalıştay sonucunda hazırlanmıştır.<sup>35</sup>

<sup>33</sup> ÖZDEMİR, Selman, "6360 Sayılı Kanun Kapsamında Köyden Mahalle-ye Dönüşen Alanlardaki Yapıların Ruhsatlandırılmış Sayılması", Ankara Barosu Dergisi, 2, 2020, s. 49

<sup>34</sup> KARAARSLAN, Mehmet, "Nasıl Bir Yerel Yönetim? 6360 Sayılı Kanun Üzerine Bir Değerlendirme". Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergi-si, 17-18 (26-27-28-29), 2015, s. 129

<sup>35</sup> KIZILBOĞA, Rüveyda, "Köy İdaresine Yönelik Kanun Tasarısı'ndaki Düzenlemeler", Öneri Dergisi, 9 (35), 2011, s. 183-184

Köylerin statülerinin 6360 sayılı yasada belirtilen 30 büyükşehir içerisinde sona erdirilmesinin hem sosyolojik hem hukuki anlamda önemli sonuçları olmuştur. Öncelikle ilgili yasa ile söz konusu idare ve bu birimlerde yaşayan insanlar zorunlu bir eklenme süreci ile kent yönetimine dâhil edilmişlerdir. Diğer taraftan köylerin isim değişikliği ise basit bir değişiklik olarak addedilemeyecek hukuki sonuçlar doğurmuştur.

6360 sayılı yasa ile istenilen düzeyde etkili ve verimli olunabilirse ve buna bağlı olarak maliyetler azaltılabilirse ekonomik, sosyal, kültürel ve yönetsel açıdan gelişmelerinin sağlanacağı yönünde görüşler söz konusudur.<sup>36</sup> Diğer taraftan köylerin tüzel kişiliğinin kaldırılması ile merkezleşme eğiliminin öne çıktığı ve yerelin demokratik anlamda olumsuz etkilendiği yönünde eleştiriler de mevcuttur.<sup>37</sup> Bilindiği üzere il özel idaresi ve belediye ile birlikte köyler 1982 Anayasası'nın 127. maddesi ile nitelendirilmiş kamu tüzel kişileri. Kamu tüzel kişileri ise nitelikleri veya türleri bakımından kamu kurumları ve/veya kamu idareleri olmak üzere iki türden oluşmaktadır.<sup>38</sup> Köyler birer coğrafi yerinden yönetim birimi olan kamu idareleridir ve tüzel kişilikleri haizdir. Kanımızca 6360 sayılı kanun ile köylerin mahallelere dönüştürülmesinin en önemli sonucu köylerin tüzel kişiliklerinin kaldırılmasıdır. Çünkü Türkiye hukuk düzeninde kamu tüzel kişisi olmanın birtakım önemli sonuçları söz konusudur. Çünkü yerleşim yerinin hukuki statüsünün belirlenmesi, hizmet alıcı vatandaşlar, hizmet sunucu kamu otoritesi ve de yerleşim yerinin kendisi açısından önemli siyasa çıktılarını neden olmaktadır.<sup>39</sup> İsbir'e göre; *"Bir kamu tüzel kişiliğinin kurulması, hukuk dünyasına hak ve borç sahibi, kamusal yetki ve ayrıcalıklardan yararlanan, kamu gücü kullanan ve bireylerden üstün ve ayrıcalıklı yetkilere sahip bir tüzel kişinin mevcudiyeti anlamına gelmektedir"*.<sup>40</sup>

<sup>36</sup> ELDEM, Hulusi, Yerel Yönetimler Reformunun Bir Parçası Olarak Köy Kanunu Tasarı Taslağı. *Optimum Ekonomi ve Yönetim Bilimleri Dergisi*, 2 (1), 2015, s. 56

<sup>37</sup> CEYHAN, Seher ve TEKKANAT, Semiha Sultan, "6360 Sayılı Kanun ve Ankara İline Etkileri" 6360 Sayılı Kanun ve Ankara İline Etkileri. *Bitlis Eren Üniversitesi Akademik İzdüşüm Dergisi*, 3 (2), 2018, s. 38

<sup>38</sup> DİRDİMAN, Ramazan Cengiz, "Kamu Tüzel Kişiliğinin Ölçütleri Hakkında Değerlendirmeler. *Uluslararası Yönetim Akademisi Dergisi*, 4 (3), 2021, s. 547

<sup>39</sup> YOLOĞLU, Ali Cenap ve ZORLU, Fikret, "Türkiye'de Kırsallığın ve Kırsal Alanların Tanımlanması: Bir Yöntem Denemesi", *Mersin Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü e-Dergisi*, 3 (2), 2020, s. 148

<sup>40</sup> İSBİR, Begüm Kevser, "Kamu Tüzel Kişiliği", *Kamu Hukuk Anabilim Dalı, Gazi Üniversitesi (Doktora Tezi)*, s. 233



Gözler'e göre tek başına kamu tüzel kişisi olmak kamu gücü ve ayrıcalıklarına sahip olmak anlamına gelmese de, söz konusu kamu tüzel kişiliğinin kamu gücü ayrıcalık ve yükümlülüğü ile donatıldığı kabul edilmektedir. Yani kamu gücü ayrıcalık ve yükümlülükleri, kamu tüzel kişiliği kavramının doğurduğu bir sonuç değil; tersine onun bir sebebi olarak değerlendirilmektedir.<sup>41</sup> Çağlayan'a göre de kamu gücü ayrıcalıklarından yararlanma, kamu tüzel kişisi vasfına sahip olmanın bir sonucudur.<sup>42</sup>

Diğer taraftan tüzel kişi olmanın doğal sonucu olarak tüzel kişilikten kaynaklanan hak ve borçlara ehil olma, davacı ve davalı olma gibi hak ve ehliyetlere ve ayrıca ve açıkça verilmiş olmak şartıyla ek yetkilere de sahip olunabilir.<sup>43</sup> Davalı ya da davacı olabilme tüzel kişilerin taraf ehliyetine sahip olmalarının doğal sonucudur.<sup>44</sup> Hükmi şahsiyeti olmayan bir topluluk namına dava açmak mümkün değildir. Mahalle muhtar ve ihtiyar heyetleri birer yardımcı teşkilattan ibarettirler.<sup>45</sup> Bu sebeplerle, mahalleler tüzel kişiliği olmayan kentsel alan yerleşim yerlerindedir ve hak ve borçlara ehil olma, davacı ve davalı olma gibi hak ve ehliyetlere sahip olamazlar. Diğer taraftan 6360 sayılı yasa çerçevesinde belirtilen illerde yer alan köylerin kaldırılarak mahalleye dönüştürülmesi sonucunda doğal olarak Türkiye'deki yerel yönetimler için geçerli olan 'yerel özerklik' ilkeleri de uygulanamayacaktır. Yerel özerklik, yerel yönetimlerin kendi görev alanları ile ilgili karar alma, baskı altında kalmadan karar organlarını oluşturabilme ve mali bağımsızlıklara sahip olmasıdır.<sup>46</sup> Kanunlarla

<sup>41</sup> GÖZLER, Kemal, "Kamu Tüzel Kişiliği Kavramı Neye Yarar? K. Begüm İsbir'in Kamu Tüzel Kişiliği İsimli Doktora Tezinin Düşündürdükleri". 2018, Erişim adresi: <https://www.idare.gen.tr/ktk-gunday-armagani.pdf>, erişim tarihi: 17.05.2022, s. 488

<sup>42</sup> ÇAĞLAYAN, Ramazan, "Hukukumuzda Kamu Tüzel Kişiliği Kavramı ve Kıstasları", Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, 0 (7), 2016, s. 373

<sup>43</sup> DERDİMAN, s. 546; GÖZLER, 2018, s. 490.

<sup>44</sup> AYAN, Mehmet ve AYAN, Nurşen, "Kişiler Hukuku", Mimoza Yayıncılık, Konya, 2016, s. 201.

<sup>45</sup> DURAN, Lütfi, "İdare Hukuku Meseleleri", İstanbul Üniversitesi Yayınları (No: 1080), Hukuk Fakültesi No: 230, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1964, s. 64-66

<sup>46</sup> YÜKSEL, Fatih, "Yerel Yönetimlerde Özerklik". Öneri Dergisi, 2 (10), 1998, s. 91

belirlenen sınırlar içerisinde özgürce karar alma ve uygulama, yerel düzeyde politika geliştirme hakkı ve gücüne sahip olmaktadır.<sup>47</sup>

#### IV. KIRSAL MAHALLE UYGULAMASI VE İLGİLİ YASAL DÜZENLEMELER

6360 sayılı yasanın köylere ilişkin radikal düzenlemesinin ardından bu alana ilişkin yeni bir düzenleme yapma ihtiyacı daha doğmuştur. 16 Ekim 2020 tarihinde 7254 sayılı kanunun 10. maddesi ile 5216 sayılı Büyükşehir Belediyesi Kanunu'na daha önce var olan ek iki maddenin yanına 3. bir ek madde eklenmiştir. Büyükşehir belediyesi sınırları içerisinde yer alıp da sonradan mahalleye dönüşen köy ve belde belediyelerinin birtakım kıstaslara bağlı olarak kırsal mahalle veya kırsal yerleşik alan şeklinde yeni bir statüye dönüştürülmesinin önü açılmıştır. Torba kanun niteliğinde olan 'Kamu Malı Yönetimi ve Kontrol Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun' içerisinde, 10. maddesinde yer verilen düzenleme TBMM Genel Kurulu'nda 27. dönem 4. yasama yılı içerisinde 4. ve 6. birleşimlerde görüşülmüş ve kabul edilmiştir. Ancak ilgili birleşimler incelendiğinde kırsal mahalle ve kırsal yerleşik alan düzenlemesi getiren kanun maddesinin yeterince tartışılmadığı ve gündeme getirilmediği görülmektedir.<sup>48</sup> Söz konusu tartışmalarda ilgili kanun de-

<sup>47</sup> ARIKBOĞA, Erbay, "Özerklik, Yerel Yönetimler ve Türkiye", Marmara Belediyeler Birliği Kültür Yayınları, İstanbul, 2015, s. 48

<sup>48</sup> Konuya ilişkin Antalya Milletvekillerinden Hasan Subaşı'nın köylere kaldırılmasına yönelik eleştirileri TBMM tutanaklarına geçmiştir: "Ayrıca, bu kanun teklifinde üzerinden bir geçmek gerekirse benim dikkatimi çeken 13'üncü maddeyi önemli bulurum. 13'üncü madde, 2012 tarihli 6360 sayılı büyükşehir yasasıyla ilgili değişikliği içerir. Onda da köyler, bildiğiniz gibi, büyükşehir sınırları içine alınmıştı. O günden itibaren ben de bir yerel yönetici olarak bunun çok yanlış olduğunu her zaman vurguladım. Bugün de söylüyorum, köyleri mahalleye çevirmek son derece yanlıştı hem hayat pahalılaşmıştır hem de tarım ve hayvancılık son derece gerilemiştir. Bugün yeni bir düzenlemeyle "kırsal yerleşik alan" diyerek köy benzeri mahalleler yaratmışlardır. Aslında, açıkçası yine köylere dönebilmek en doğrusudur çünkü eninde sonunda köylere dönülmesinin zorunluluğunu her geçen yıl daha iyi anlayacağız çünkü tarım ve hayvancılığı da çok gerilettilik. Bu kırsal alanlarda teşvikler vermek, destek vermek, vergi ve harçları düşürmek yerine, keşke tarım ve hayvancılığı ve son günlerde gündemimizde çok olan süt üreticilerini destekleyebilseydik çok daha hayırlı olurdu". Türkiye Büyük Millet Meclisi Genel Kurul Tutanağı 27. Dönem 4. Yasama Yılı 6. Birleşim, s. 72

İzmir Milletvekili Kamil Okyay Sındır da kırsal mahalle tartışmalarına katılmıştır. Aynı zamanda kırsal mahalle, kırsal yerleşik alan konusunda bizim ısrarla her zaman söylediğimiz, "Yapmayınız, kıymayınız köylere, bunlar tarımsal üretim alanlarıdır."

ğişikliğinin olumlu yönü olarak vergi ve muafiyetler konusundaki kalıcılık ön plana çıkarken, eleştirilerin odağında 6360 sayılı yasadan itibaren köylerin kaldırılmasının yanlış olduğu ve kırsal mahalle tabirinin yönetsel sistemimizde yer almadığı söylemleri bulunmaktadır.<sup>49</sup>

### A. Kırsal Mahalle Kavramı, Kırsal Mahalle Olma Şartları ve Tanınan İndirim ve Muafiyetler

Bu bölümde kırsal mahalle, kırsal mahalleye ilişkin mevzuat, kırsal mahalle uygulamasına yönelik süreç, kırsal mahalle olma sürecinde büyükşehir ve ilçe belediyeleri arasındaki ilişki ele alınmıştır.

Kırsal mahalle uygulamasına değinmeden evvel kırsal yerleşme kavramını açıklamak yerinde olacaktır. Geray, kırsal yerleşmeyi; işbölümün gelişmediği, ekonomisi tarımsal faaliyetlere dayalı, yüzyüze komşuluk ilişkileri ve geniş aile yapısının hâkim olduğu ve bu bakımlardan

---

dediğimiz hâlde şimdi bir değişiklikle gündemimize getirdiniz. Türkiye Büyük Millet Meclisi Genel Kurul Tutanağı 27. Dönem 4. Yasama Yılı 6. Birleşim, s. 58

Konuya ilişkin bir başka söz alan milletvekili ise Bursa Milletvekili Ahmet Kılıç olmuş ve şu ifadeleri kullanmıştır: “Çok değerli milletvekilleri, 5216 sayılı Kanun’ a yapılacak ekle birlikte, kırsal mahalle ve kırsal yerleşik uygulamasını getirmekteyiz. Getirilen düzenlemeyle, köy veya beldyken mahalleye dönüşen ve büyükşehir sınırları içinde sosyoekonomik durumu, şehre uzaklığı, belediye hizmetlerine erişilebilirlik, yapılaşma durumu gibi etkenler çerçevesinde, ilçe belediye meclisi teklifiyle ve büyükşehir belediye meclisinin kararıyla kırsal mahalle veya kırsal yerleşik alanlar belirlenecek, bu bölgelerde yaşayanlara çeşitli ücret, vergi ve harçlarda indirimler getirilecektir. Türkiye Büyük Millet Meclisi Genel Kurul Tutanağı 27. Dönem 4. Yasama Yılı 6. Birleşim, s. 108

<sup>49</sup> Ağrı Milletvekili Ekrem Çelebi’nin konuya ilişkin görüşleri şu şekildedir: “...Yıllar içerisinde, büyükşehir belediyesi sınırları içinde kalarak mahalleye dönüşen köy ve beldelerde yaşayan vatandaşlarımızın durumlarına uygun olacak birtakım muafiyet ve indirimler getirmeyi hedefliyoruz. Buradaki tespit ve takdir yetkisini ise yerel meclislere bırakarak bu şekilde, sahayı en iyi bilen idareleri tam yetkili kılmayı amaçlıyoruz. Türkiye Büyük Millet Meclisi Genel Kurul Tutanağı 27. Dönem 4. Yasama Yılı 4. Birleşim s. 74

Samsun Milletvekili Erhan Usta ise yasa değişikliğine ilişkin aşağıdaki ifadelerde bulunmuştur: “...Şimdi burada bu düzenlemeyle emlak vergisi muafiyeti getiriliyor, bina inşaat harcı muafiyeti getiriliyor ve içme ve kullanma suyu bedellerinde de indirim uygulanacak. Bunları olumlu karşılıyoruz, bunları destekliyoruz ancak yapılanları yetersiz buluyoruz. İki talebimiz var burada: Bir; köy tüzel kişiliklerini iade edin. Bu köye yeni bir isim bulundu “kırsal mahalle” diye. Böyle bir şey yok, yani bizim idari yapımızda böyle bir şey yok, bunlardan vazgeçin. Köy tüzel kişilikleri iade edilsin, köy köy gibi yaşansın ve köy meraları da çiftçilerimize, köylülerimize iade edilsin...” Türkiye Büyük Millet Meclisi Genel Kurul Tutanağı 27. Dönem 4. Yasama Yılı 4. Birleşim s. 58.

kentsel topluluklardan ayrılan yerleşmeler şeklinde tanımlamıştır.<sup>50</sup> Çevre ve Şehircilik Bakanlığı tarafından 15 Nisan 2021 tarihli 31455 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan Kırsal Mahalle ve Kırsal Yerleşik Alan Yönetmeliği'nde, kırsal yerleşik alan; "tamamı kırsal mahalle olarak tespit edilemeyen mahallelerde on bin metrekareden az olmamak kaydıyla belirlenen alan" şeklinde tanımlanmıştır. Kırsal mahalle açıklanırken, 5216 sayılı kanuna eklenen ek 3. maddeye atıfta bulunulmuştur. İlgili kanunda, kırsal mahalle tanımlanırken hangi mahallelerin kırsal mahalle olarak kabul edileceği yönünde bir yöntem izlenmiştir. Büyükşehirlerde yer alıp statüleri mahalleye dönüşen köy ve belde belediyelerinin ek madde 3'te yer alan şartların varlığı halinde ilçe belediye meclisinin bu yönde alacağı karar<sup>51</sup> ve teklifin büyükşehir meclisinin alacağı kararla onaylanması sonucunda o mahallenin, kırsal mahalle olarak kabul edilmesi yönünde bir tanım söz konusudur. Bununla birlikte ilgili ek maddede dört madde ismen sayılarak kırsal mahalle ölçütleri somutlaştırılmaya çalışılmış, maddenin devamında, "...benzeri hususlar dikkate alınarak..." ifadesi benimsenerek soyut, belirsiz ve aynı zamanda ilgili şartların genişletilmesine imkân sağlayan bir düzenleme tercih edilmiştir. Söz konusu ilk dört ölçüt, bahsi geçen yerleşim birimlerinin sosyo-ekonomik durumu, şehir merkezine olan uzaklığı, belediye hizmetlerine erişilebilirliği ve mevcut yapılaşma durumudur. Kanun maddesine ek olarak, 31455 sayılı yönetmelikte, kırsal mahalle tespitinde göz önüne alınacak iki ölçüt

<sup>50</sup> GERAY, Cevat, "Türkiye'de Kırsal Yerleşme Düzeni ve Köy Kent Yaklaşımı", Ankara Üniversitesi SBF Dergisi, 30 (1), s. 45

<sup>51</sup> Belde veya köy iken 1984 yılından sonra bir şekilde mahalle olan yerleşim yerlerinin kırsal mahalle statülerinin dönüştürülmesi sürecinde büyükşehir ilçe belediyelerinin kendiliğinden mi yoksa başka herhangi bir talep üzerine mi harekete geçeceği konusunda bağlayıcı bir hüküm bulunmamaktadır. Ancak uygulamada mahalle muhtarlarından alınan kırsal mahalleye geçiş talebi (dilekçe) ile harekete geçildiği ifade edilmektedir (Keleş, 2021). Ancak konuya ilişkin mevzuatta kırsal mahalleye geçiş talebine ilişkin herhangi bir düzenleme yer almadığından tüm ilgililer tarafından kırsal mahalleye geçiş dilekçesi verilmesinin önünde herhangi bir engel yoktur. Hatta dilekçe kırsal mahalle uygulamasına başlamak için bir ön koşul olmadığından ilgili büyükşehir ilçe belediyesi resen statü değişikliği çalışmalarını başlatabilir. 31455 sayılı yönetmelik çerçevesinde ilgili ilçe belediyelerine kırsal mahalle ya da kırsal yerleşik alan olarak belirlenen yerlerin bu niteliklerini kaybetmeleri halinde harekete geçme yetkisi verilmiştir (6. madde, 7. fıkra). Yani kırsal mahalle ya da kırsal yerleşik alan statüsünün ortadan kaldırılması için herhangi bir dilekçe ya da başvuru şartı aranmamıştır.

daha eklenmiştir. Kırsal mahalle tespit sürecinde, 1984 yılı ve sonrasında köy veya belde belediyesi iken mahalleye dönüşen yerler için bu tespitin yapılabileceği ve ek 3. maddede yer alan ölçütlerin yanısıra 'adalet, eşitlik ve genellik' prensiplerinin göz önünde bulundurulması gerektiği belirtilmiştir.

Hangi yerleşim birimlerinin kırsal mahalle olarak kabul edileceği ilgili kanun ve yönetmelik ile açıklanmıştır. Şu halde 1984 yılı sonrasında köy ve belde belediyesi iken mahalleye dönüşen yerler kırsal mahalle olarak kabul edilebilecektir. Bu yerlerin, sosyo-ekonomik durumu, şehir merkezine olan uzaklığı, belediye hizmetlerine erişilebilirliği, mevcut yapılaşma durumu ve benzeri diğer hususlar ile adalet, eşitlik ve genellik prensipleri göz önünde bulundurularak ilgili mahalleler kırsal mahalle statüsüne kavuşturabilecektir. Kırsal mahalle tespitinin mahalle düzeyinde belirlenmesi esas olmakla birlikte, tamamı kırsal mahalle olarak kabul edilemeyecek yerlerde, on bin metrekareden az olmamak şartıyla kırsal yerleşik alan da belirlenebilmektedir.<sup>52</sup> Kırsal mahalle ya da kırsal yerleşik alana ilişkin uygulamalar ise söz konusu alanın ilgili büyükşehir belediye meclisince tespit edilmesine yönelik kararın verildiği yılı takip eden takvim yılının başından itibaren başlamaktadır. Bununla birlikte ilgili yönetmelik kapsamında aynı usulle kırsal mahalle niteliği kaldırılan yerler ile ilgili uygulamalar ise büyükşehir belediye meclisinin kararının verildiği yılın sonuna kadar devam etmektedir.<sup>53</sup>

Kırsal mahalle statüsüne geçiş basit bir isim değişikliği olmaktan öte ilgili mahalli birim için birtakım muafiyetleri ve indirimleri de beraberinde getiren önemli bir değişiklik olarak değerlendirilmelidir. Muafiyet, indirim ve sürelerle ilişkin düzenleme ilgili yönetmeliğin üçüncü bölümünde üç madde halinde düzenlenmektedir. Bununla birlikte dördüncü bölümde yer alan 12., 13. ve 14. maddeler de dolaylı olarak muafiyetlerle ilgilidir. Kırsal mahalleler için muafiyetler iki ana başlık altında sınıflandırılmıştır. İlk muafiyet bina, arsa ve arazilerden alınacak olan emlak vergisine ilişkindir. Yani kırsal mahallelerde belirtilen istisnai durumlar hariç ilgili taşınmazlar emlak vergisinden muaf tutulmuşlardır. Yalnız kırsal mahallelerde yer alan ve bizzat işyeri olarak kullanılan bina, arsa ve arazilerin emlak vergisinden muaf olabilmesi için ilgili yerleri işleten

<sup>52</sup> 31455 sayılı yönetmelik, 5. madde

<sup>53</sup> 31455 sayılı yönetmelik, 6. ve 8. maddeler

mükelleflerin basit usulde gelir vergisine tabi mükellef ya da gelir vergisinden muaf esnaf olması gerekmektedir. Bununla birlikte 213 sayılı Vergi Usul Kanunu uyarınca bilanço esasına göre defter tutan mükelleflerin<sup>54</sup> söz konusu muafiyetlerden yararlanamayacağı düzenlenmektedir.<sup>55</sup> Kırsal mahalle ya da kırsal yerleşik alan olarak tespiti yapılan yerlerde muafiyetlerle birlikte birtakım alanlarda indirimler de öngörülmüştür. Ticari ve sınai amaçlı kullanılan taşınmazlar için emlak vergisinde, vergi, harç ve harcamalara katılma payında ve içme ve kullanma sularında mevzuatta belirlenen oranlarda indirim yapılmaktadır.<sup>56</sup>

İlgili yasa değişikliğinin genel gerekçesinin, 6360 sayılı kanunla büyükşehir statüsü verilen illerde yer alan köylerin statülerinin kaldırılmasıyla ortaya çıkan olumsuzlukları kısmen ortadan kaldırmayı amaçladığı ve bu doğrultuda özellikle kırsal mahalle ya da kırsal yerleşik alan sakinlerine mali birtakım avantajlar sunmak olduğu belirtilmelidir. Torba yasa niteliğindeki söz konusu yasa değişikliğinin gerekçesi yeterince açıklanmamış olsa da TBMM Genel Kurul Tutanakları üzerinden ilgili değişiklik teklifi ile amaçlanmak istenen durum netlik kazanmaktadır. Köy statüsünün yeniden getirilmesi gerektiği yönündeki eleştiriler ise yeni düzenleme ile getirilmiş olan vergi ve muafiyetler konusunu desteklemektedir.<sup>57</sup>

<sup>54</sup> 213 Sayılı Vergi Usul Kanunu'na göre, 1. sınıf tüccarlar bilanço esasına göre defter tutarlar (176. madde). Ayrıca ilgili kanunun 177. maddesinde kimlerin 1. sınıf tüccar sınıfına dâhil oldukları belirtilmektedir.

<sup>55</sup> 31455 sayılı yönetmelik, 9. ve 11. maddeler

<sup>56</sup> Kırsal mahalle veya kırsal yerleşik alan olarak belirlenen yerlerde;

a) Ticari, sınai ve turistik faaliyetlerde kullanılan bina, arsa ve araziler için emlak vergisi %50,

b) 2464 sayılı Kanun uyarınca alınması gereken vergi, harç (bina inşaat harcı ile imarla ilgili harçlar hariç) ve harcamalara katılma payları %50, indirimli uygulanır.

(2) Bu yerlerde, içme ve kullanma suları için alınacak ücret; işyerleri için belirlenmiş olan en düşük tarifenin %50'sini, konutlar için belirlenmiş olan en düşük tarifenin %25'ini geçmeyecek şekilde belirlenir.

<sup>57</sup> Türkiye Büyük Millet Meclisi Genel Kurul Tutanağı 27. Dönem 4. Yasama Yılı 4. Birleşim s. 74, 58; Türkiye Büyük Millet Meclisi Genel Kurul Tutanağı 27. Dönem 4. Yasama Yılı 6. Birleşim s. 58, 72, 108

## B. Kırsal Mahalle Sürecinde ve Uygulamasında Büyükşehir Belediyeleri ve Büyükşehir İlçe Belediyeleri Arasındaki İlişkinin Vesayet Denetimi Bağlamında İncelenmesi

Vesayet kavramı hem özel hukuk hem kamu hukukunda kullanılan bir kavram olmakla birlikte ilkinde koruma amaçlı bir role sahipken, kamu hukukunda ise hukuk kurallarına uygunluğu sağlamaya yönelik bir denetim işlevine sahiptir.<sup>58</sup> Bununla birlikte idari vesayeti özel hukuk alanında uygulanan vesayet kurumu ile karıştırmamak gerekir. Vesayet altındaki kişinin iradesinin hukuken kısıtlı olduğu özel hukuk alanındaki vesayet türünde kural olarak kişi kendi başına hukuki tasarruflarda bulunamamaktadır. İdari vesayette ise vesayete tabi kamu kurumu görev sahası içerisinde hukuki tasarruflarda bulunabilir yani iradesi kısıtlı değildir.<sup>59</sup> Bu durumla bağlantılı olarak yerel yönetimlerin bir vasiye ihtiyaç duyduğu izlenimi vermesinden dolayı idari vesayet denetimi ifadesi yerine dış idari denetim ifadesinin kullanılması gerektiği belirtilmektedir.<sup>60</sup> ‘Vesayet denetimi’ deyimini Gözübüyük tarafından da eleştirilmekte ve 1982 Anayasasında yer alan vesayet denetimi ile özel hukuktaki vesayet denetiminin herhangi bir ilişkisinin olmadığı belirtilmektedir<sup>61</sup>. İdari vesayette amaç toplum yararını korumak iken, medeni hukuktaki vesayette kişinin hak ve çıkarları korunmaya çalışılmaktadır.<sup>62</sup> Vesayet denetimi ise doğrudan merkezi yönetimin ya da merkezi yönetimin taşra birimlerindeki merkezi yetkileri kullanan kamu idarecilerinin yerinden yönetim kuruluşlarını, yasaların verdiği yetkilere uygun olarak denetlemesidir.<sup>63</sup> Aslında bu tanım anayasal ifadenin dar yorumlanmasıdır. Özay’a göre idari vesayet hem merkezi idare ile yerel yönetimler hem de yasa koyucunun merkez konumunda kabul ettiği varlık ile hizmet yerinden yönetimi ya da kurumları arasında cereyan eden bir ilişki ve yetkidir.<sup>64</sup> Vesayet denetimine ilişkin bir başka tanımlama ise Gözübüyük tarafından yapılmıştır.

<sup>58</sup> ÖNEN, Semih Mustafa ve EKEN, İhsan, “Yerel Yönetimler Üzerinde Uygulanan İdari Vesayet Yetkisinin İrdelenmesi”, *Elektronik Sosyal Bilimler Dergisi*, 15 (56), 2016, s. 218

<sup>59</sup> ULUSOY, Ali, “Türk İdare Hukuku”, Yetkin Yayınları, Ankara, 2022s. 155

<sup>60</sup> ARIKBOĞA, 2015, s. 95-96

<sup>61</sup> GÖZÜBÜYÜK, Şeref, “Yönetim Hukuku”, Turhan Kitabevi, Ankara, 2016, s. 368

<sup>62</sup> TAN, Turgut, “İdare Hukuku”(2. Baskı), Turhan Kitabevi, Ankara, 2013, s. 100

<sup>63</sup> PARLAK, Bekir, “Kamu Yönetimi Sözlüğü”, MKM Yayıncılık, Bursa, 2011, s. 822- 823

<sup>64</sup> ÖZAY, İl Han, “Günüşığında Yönetim”, Filiz Kitabevi, Bursa, 2004, s. 204

Yerinden yönetim kuruluşlarının kendileri dışındaki başka bir yönetsel kuruluş tarafından yasaların öngördüğü sınırlar içerisinde denetlenmesine vesayet denetimi denilmektedir.<sup>65</sup> Göreli, idari vesayetin iki işlevine dikkat çekerek vesayet denetimini hem hukukilik hem de yerindelik içerecek şekilde kontrol ve denetim (murakabe) unsuru olarak değerlendirmiştir. Bu doğrultuda idari vesayet, âdem-i merkezîyet anlayışıyla yönetilen bir yönetsel organın hukuki eylem ve işlemleri üzerinde izin (müsaade), onay (tasdik), iptal ve talik (erteleme/geciktirme) veya söz konusu işlem ve eylemi ikame salahiyetine haiz bir organ tarafından kanuna uygunluk kimi zaman da durum ve işin gereklerine uygunluk bakımından yapılan kontroldür. Bununla birlikte mahalli idarelerce tesis edilen işlemlerin icrailiği söz konusu olmakta ve idari vesayet yetkisi genel anlamda ikame yetkisini içermemektedir.<sup>66</sup> Yani yapılan onama işlemi mahalli idarelerce tesis edilen işlemlerin bir tamamlayıcısı olarak değil ayrı bir işlem olarak görülmelidir.<sup>67</sup> Öyle ki mahalli idarelerin kullanmış oldukları yetkiler kendilerine zaten kanun tarafından verilmiştir. Türkiye’de idarenin bütünlüğü ilkesi vesayet denetimini zorunlu kılmaktadır.<sup>68</sup> Yani tekçi ve merkezci bir devlette yönetimin bütünlük göstermesi zorunludur.<sup>69</sup> Özerk kuruluşlar bakımından idari vesayet bir hakem rolü üstlenmekte, özerkliğin sınırlarını aşma, hakkın sınırlarını aşma ya da o hakkı kötüye kullanma durumlarında kendisini hissettirmektedir.<sup>70</sup> Ulusoy’a göre hiyerarşi ile birlikte idari vesayet idarenin bütünlüğünü sağlayan en temel hukuksal araçlardandır. İdareyi oluşturan tüm birimlerin eşgüdümlü bir şekilde hareket etmesi olarak tanımlanan idarenin bütünlüğü ilkesi dolaylı olarak idari teşkilatlanmanın sağlıklı organizasyonu sağlayacak, bu durumda da bireylerin ihtiyaçları tam anlamıyla karşılanmış olacaktır.<sup>71</sup>

---

<sup>65</sup> GÖZÜBÜYÜK, 2016, s. 367-368

<sup>66</sup> GÖRELİ, İsmail Hakkı, Amme Hükmi Şahıslarının İdarece Murakabesi, Türk Hukuk Kurumu, Ankara, 1944, s. 4-5

<sup>67</sup> BAŞARAN, Sermet, “Yerel Yönetimlerde Özerklik ve İdari Vesayet Türkiye Örneği”, Sonçağ Yayınları, Ankara, 2018, s.114

<sup>68</sup> KARAKILÇIK, Yusuf, “Yeni Yerel ve Bölgesel Gelişmeler Işığında Yerel Yönetimler (3. Baskı).” Seçkin Yayınevi, Ankara, 2016, s. 24

<sup>69</sup> GÖZÜBÜYÜK, 2016, s. 46

<sup>70</sup> BAŞARAN, 2018, s.69

<sup>71</sup> ULUSOY, 2022, s. 153-154



Türkiye’de idari vesayet denetimi kaynağını anayasadan almaktadır. 1982 Anayasası’nın 127. maddesi, merkezi idareye yerel yönetimler üzerinde, mahalli hizmetlerin idarenin bütünlüğü ilkesine uygun şekilde yürütülmesi, kamu görevlerinde birliğin sağlanması, toplum yararının korunması ve mahalli ihtiyaçların gereği gibi karşılanması amacıyla, kanunda belirtilen esas ve usuller dairesinde idari vesayet yetkisi tanımaktadır. Anayasadan hareketle idari vesayet yetkisinin söz konusu olabilmesi için farklı tüzel kişilikler arasında bir ilişkinin varlığı gerekmektedir. İdari vesayet yetkisi vesayet makamına takdir hakkının kullanılmasına bağlı olarak bir çeşit yerindelik denetimi sağlasa da, kanunla düzenlenmesi gereken istisnai nitelikli vesayet denetiminin yerindelik denetiminden çok hukukilik denetimi şeklinde düzenlenmesi gerekmektedir.<sup>72</sup> Bununla birlikte her ne kadar ilgili anayasa metninde söz konusu yetkinin ‘mahalli idareler’ üzerinde uygulanacağı belirtilmişse de öğreti ve yargısal içtihatlar göre idare bu yetkisini geniş anlamda kamu kurumları üzerinde de uygulayabilmektedir.<sup>73</sup>

İdari vesayet denetiminin amacı idarenin bütünlüğü ilkesinin doğal sonucu olarak merkezi idare ile yerinden yönetim kuruluşları arasındaki birliği/bütünlüğü sağlamaktır.<sup>74</sup> Üniter devlet yapılanmasına bağlı olarak idarenin bütünlüğü ilkesinin doğal sonucu olarak değerlendirilebilecek olan vesayet denetimi, merkezi idare ile yerel yönetimler arasındaki denetim türünü işaret etmektedir.

Yukarıda yer verilen bilgiler doğrultusunda vesayet denetiminin, merkezi idarenin, idarenin bütünlüğü ilkesi çerçevesinde kullandığı farklı tüzel kişilikler arasında cereyan eden, istisnai nitelikte, kanunla sınırlandırılmış bir denetim türü olduğu açıktır.

<sup>72</sup> TEZCAN, Durmuş, “Türk İdare Hukuku Açısından 21. Yüzyıl Arifesindeki Yerel Yönetimlerin İşlemleri Üzerindeki Vesayet Denetimi”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi (Prof. Dr. Mahmut Tevfik BİRSEL’e Armağan), 2001, s. 660

<sup>73</sup> SANCAKDAR, Oğuz, ÖNÜT, Lale Burcu, US DOĞAN, Eser, KASAPOĞLU TURHAN, Mine, SEYHAN, Serkan, “İdare Hukuku”, Seçkin Yayınları, Ankara, 2022, s. 123

<sup>74</sup> KAYA, Tuba Perihan ve PEKKÜÇÜKŞEN, Şerife, “Türkiye’de İdarenin Bütünlüğü İlkesi ve Yerel Yönetimler Üzerinde İdari Vesayet Denetimi”, İKSAD Publishing House, Ankara, s. 42

Türkiye’de hâlihazırda yerel yönetim mevzuatından kaynaklı olarak büyükşehir belediyeleri ile büyükşehir ilçe belediyeleri arasında birtakım kararların alınması bakımından vesayet denetimini andıran hukuki durumlar söz konusudur. Büyükşehir belediyeleri ve ilçe belediyeleri arasındaki kendine özgü bu durum ne tam anlamıyla hiyerarşi tanımına uymakta ne de idari vesayet için gerekli olan şartları taşımamaktadır. Konu hakkında İçişleri Bakanlığı’nın ve Danıştay’ın görüş yazılarında da bu durum belirtilmiş ve hiyerarşi sayılamayacak ilişki tipinin yönetsel vasilik statüsüne benzediği yönünde açıklama yapılmıştır.<sup>75</sup> Gerçekten büyükşehir belediyeleri ile büyükşehir ilçe belediyeleri arasındaki denetim ilişkisi söz konusu kavramlarla tam olarak açıklanamamaktadır. Akademik anlamda bu denetim türüne ilişkin farklı adlandırma çabaları söz konusudur. ‘Vesayet benzeri denetim’,<sup>76</sup> ‘nev’i şahsına münhasır denetim (yerel idari vesayet)<sup>77</sup>, ‘iç idari vesayet’<sup>78</sup> ve ‘dış idari denetim’<sup>79</sup> bu adlandırma çabalarından veya literatürde yer alan kavramlardan birkaçıdır. Özay’ın vesayet kavramı büyükşehir ve ilçe belediyeleri arasındaki ilişkiyi doğrudan vesayet denetimi şeklinde ele alacak şekilde olmasına rağmen aynı çalışmada büyükşehir belediyeleri ve ilçe belediyeleri arasındaki ilişkiyi dış idari denetim şeklinde adlandırmaktadır.<sup>80</sup> Benzer şekilde Gözübüyük vesayet denetimini tanımlarken vesayetin dar anlamda tanımlanmasına bağlı kalmamıştır.<sup>81</sup> Kanunda açıkça belirlenen koşullarda bir hizmetsel kuruluşun başka bir hizmetsel kuruluşu denetleme faaliyeti dış idari denetim şeklinde<sup>82</sup> tanımlansa da farklı tüzel kişiliklere sahip yönetsel birimler arasındaki bu denetimin vesayet denetimine benzer yönleri de söz konusudur. Konuya ilişkin kavramsal tartışma bu çalışmanın

<sup>75</sup> ALICI, Orhan Veli, “Büyükşehir Belediyesinin İlçe Belediyeleri Üzerindeki Denetim Yetkisinin Kavramsal Açından Değerlendirilmesi”, *Yerel Politikalar*, 0 (2), 2012, s. 44

<sup>76</sup> ARIKBOĞA, Erbay, “Büyükşehir Belediye Modeli ve Reform”, *Marmara Sosyal Araştırmalar Dergisi*, Sayı 2, Haziran 2012, s. 5

<sup>77</sup> ALICI, 2012, s. 47

<sup>78</sup> GÜRAN, Sait, “Büyük Şehir Belediyesi Yönetimi Üzerine. İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi”, 4 (1-3), 1983, s. 53

<sup>79</sup> ÖZAY, 2004, s. 173-176

<sup>80</sup> ÖZAY, 2004, s. 173-176, 205

<sup>81</sup> GÖZÜBÜYÜK, 2016, s. 367-368

<sup>82</sup> SANCAKDAR, Oğuz, ÖNÜT, Lale Burcu, BAŞAR, Cemal, ÇAPTUĞ DİLEK, Mehpare PALAS DAĞLI, Ezgi ve YAĞCI, Pınar, “İdare Hukuku” (13. Baskı), Seçkin Yayıncılık, Ankara, s. 80

kapsamı dışındadır. Ancak büyükşehir belediyeleri ve ilçe belediyeleri arasındaki hukuki ilişkinin niteliğini saptanması çalışma adına elzemdir. Bu kısımda belirtilmesi gereken husus söz konusu denetim tür ve yetkisinin sınırlarının belirsizliği ve kavramsallaştırma zorluğunun yanısıra kırsal mahalle uygulaması ile büyükşehir belediyesince ilçe belediyeleri üzerinde uygulanan bu denetim yetkisinin yeni bir türü/örneği olarak ortaya çıkmasıdır.

Türkiye’de mahalleler 5393 sayılı kanunun 9. maddesinde düzenlenmiştir. Mahallelerin kurulması, kaldırılması, isim değişiklikleri, birleştirilip bölünmesi ve sınır değişiklikleri belediye meclis kararı, kaymakam görüşü ve vali onayı ile olmaktadır.<sup>83</sup> Bu durum yerel düzeyde a priori denetimin (öncül idari vesayet uygulamasının) tipik bir örneği olarak değerlendirilebilir. Çalışma açısından üzerinde durulan ilişki türü tipik vesayet denetimi yerine büyükşehir belediyeleri ile ilçe belediyeleri arasındaki ilişki tipidir. Çalışmanın önceki bölümlerinde değinildiği üzere çeşitli adlandırmalara sahne olduğu belirtilen bu ilişki tipinin daha çok bütçe ve imar uygulamalarında ortaya çıktığı belirtilebilir. 5216 sayılı kanunda düzenlendiği haliyle büyükşehir belediye meclislerinin büyükşehir ilçe belediyelerince düzenlenen bütçeler üzerinde yatırım ve hizmetler arası bütünlüğü sağlayacak şekilde aynen veya değiştirerek onama yetkisi söz konusudur (25. madde). Büyükşehir belediyeleri ile ilçe belediyeleri arasındaki vesayet benzeri bir diğer ilişki örneği ise 5216 sayılı kanunun 14. maddesinin son paragrafında yer verilen imara ilişkin yetkidir. Düzenlemeye göre, büyükşehirlerde yer alan ilçe belediye meclislerince alınan imar ile ilgili kararlar ilgili büyükşehir belediye meclisince nazım imar planına uygunluk bakımından değerlendirilir ve incelemeye istinaden aynen ya da değiştirilerek kabul edilebilir.

Kırsal mahalle uygulamasına yönelik düzenlemeler incelendiğinde benzer bir ilişkinin büyükşehirler içerisinde yer alan mahallelerin kırsal mahalleye dönüşüm sürecinde de yaşanacağı açıktır. 31455 sayılı yönetmelik hükümleri gereğince ilgili kanun ve yönetmelikte belirtilen şartları taşıyan mahalle birimlerinden herhangi birisinin kırsal mahalle veya bir kısmının kırsal yerleşik alan olarak düzenlenmesinin ilk adımı, ilgili mahallenin yer aldığı ilçe belediye meclisi tarafından alınacak karardır. An-

<sup>83</sup> 5393 sayılı kanun, 9 ve 18/n. maddeler

cak ilgili ilçe belediye meclisinin kararı tek başına kırsal mahalleye dönüşüm açısından yeterli olmamaktadır. İlçe belediye meclisince alınacak bu karar gerekçesi ile birlikte ilgili büyükşehir belediye başkanlığına iletilir. Yönetmelik hükümlerine göre büyükşehir belediye meclisinin kendisine ilçe belediye meclisi tarafından gönderilen gerekçeli kararı aynen veya değiştirerek en geç 90 gün içerisinde karara bağlama zorunluluğu vardır. Büyükşehir belediye meclisi için öngörülen sınırlamalar 90 günlük süre sınırı ile kırsal mahalle ya da kırsal yerleşik alan için süreli kabul ve ilgili ilçe belediyesinin sınırlarını aşmama şeklinde belirlenen mekânsal sınırlamadır.<sup>84</sup> Büyükşehir belediye meclisi ilçe belediye meclisi tarafından gönderilen teklifi aynen veya değiştirerek kabul edebilmekte ya da reddedebilmektedir. Bununla birlikte kırsal mahalle teklifini komşu mahalle sınırları içerisinde yer alan kırsal mahalle belirlemek suretiyle genişletme veya daraltma yetkisine de sahiptir. Ayrıca yalnızca kırsal yerleşik alan ile ilgili teklifi mahalle sınırlarına kadar genişletme yetkisi de ilgili büyükşehir belediyesine aittir.<sup>85</sup> Açık bir şekilde ilgili yasal ve yönetsel düzenlemeler ile büyükşehir belediye meclisine ilçe belediye meclis kararı üzerinde bir tür vesayet denetimini andıran yetki verilmiştir. İmar ve bütçeye ilişkin yetkilerin yanına bir yenisini eklenerek yerelde merkezileşme yolunda bir uygulama daha benimsenmiştir.

### **C. Kırsal Mahalle Olma Sürecinde İlçe ve Büyükşehir Belediye Meclis Kararlarının Kesinleşme Süreci ve Yargısal Denetimi**

Çalışmanın bu bölümünde ilk olarak ilçe belediyeleri ve büyükşehir belediyelerinin meclis kararlarının kesinleşmesine yönelik bilgilere değinilmiştir. Ardından spesifik olarak çalışmanın ilgilendiği kırsal mahalle uygulamasına yönelik ilçe ve büyükşehir belediye meclislerinin almış olduğu kararların hukuki niteliği saptanmaya çalışılmış ve farklı olasılıklar üzerinden kırsal mahalleye yönelik alınacak meclis kararlarının kesinleşme süreci incelenmiştir.

Belediye meclis kararları özü itibarıyla birer idari karardır. Belediyeler her ne kadar özerk birimler olsalar da 1982 Anayasası'na göre Türkiye'de idare bir bütündür (123. madde) ve yine anayasaya göre idarenin her türlü işlem ve eylemlerine karşı yargı yolu açıktır (125. madde). İdarenin işlem ve eylemlerinin yargısal denetimi hukuk devleti ilkesinin en

<sup>84</sup> 31455 sayılı Yönetmelik, 6. madde

<sup>85</sup> 31455 sayılı yönetmelik, 6/1-3. madde

önemli gerekleri arasındadır.<sup>86</sup> Ancak burada ikili bir ayırımın benimsenmesi gerekmektedir. Herhangi bir idari işlemin iptal edilebilmesi için birtakım şartlar söz konusudur. İdari işlemlerden yalnızca tek yanlı ve yürütülmesi gerekli (zorunlu) nitelikte olanlar iptal davasına konu edilebilmektedir. Yani icrai nitelikte olmayan, hazırlık işlemi, danışma, görüş ve tavsiye niteliğinde olan işlemler dava konusu edilememektedir.<sup>87</sup> 31455 sayılı yönetmelikte ilçe belediye meclisinin karar ve teklifinden söz edilmektedir. Bu karar yalnızca bir görüş ve tavsiye niteliğinde bir karar olarak mı yoksa iptali istenilebilecek olan icrai nitelikte ve kesinlik arz eden bir işlem olarak mı değerlendirilecektir?<sup>88</sup> Çalışmada bu hususa ayrıntılı şekilde yer verilmemiştir. Ancak ilgili büyükşehir belediyesi tarafından konuya ilişkin alınacak nihai karar adına söz konusu ilçe belediye meclis kararı belirleyici olmaktadır.

Genel bir değerlendirme ile bir mahalli idare birimi olan belediyelerin karar organı olan belediye meclisince alınacak kararlara karşı yargı yolunun açık olduğu ve hukuka uygunluklarının yargısal denetime tabi oldukları belirtilebilir.<sup>89</sup> İdari yargıda genel hükümlere göre değerlendirildiğinde ilgili kararın 5393 sayılı belediye kanununda belirtilen usullerle duyurulmasından itibaren idari davalarda 60 gün süre içerisinde söz konusu karardan hakları ya da menfaatleri zedelenecek kişiler de dava açma hakkına sahiptir.<sup>90</sup> Bu alanda bir başka tartışma ise ilgili karara karşı tam yargı davası açılıp açılmayacağı üzerinden gerçekleştirilebilir. Çünkü belirli şartları taşıyan mahallelerin kırsal mahalle olup olmamasına bağlı olarak birtakım indirim ve muafiyetlerden yararlanma ihtimali ortaya çıkmaktadır. Statü değişikliğine bağlı olarak yöre halkı için ekonomik anlamda bir kazanım söz konusu olacaktır. Aksi yönde alınacak bir karara

<sup>86</sup> KESER ve AKOĞLU, 2013, s. 108/ TAHTALI, Murat Buğra, "Danıştay Kararları Işığında İptal Davalarında Bir Dava Şartı Olarak Sübjektif Ehliyet: Menfaat İhlalinde Kişisellik Şartı", Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 5 (1), 2022, s. 42

<sup>87</sup> KAPLAN, 2021, s. 129

<sup>88</sup> Söz konusu tartışma alanı bu çalışmanın sınırlarını aşacak düzeydedir ve alana ilişkin başkaca çalışmaların konusu edilebilir.

<sup>89</sup> KESER ve AKOĞLU, 2013, s. 137-38

<sup>90</sup> İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 7. maddesi şu şekilde düzenlenmiştir: "Dava açma süresi, özel kanunlarında ayrı süre gösterilmeyen hallerde Danıştayda ve idare mahkemelerinde altmış ve vergi mahkemelerinde otuz gündür".

bağlı olarak ortaya çıkacak olan mali zarar nasıl ortadan kaldırılacaktır veya tazmin edilebilecek midir?

Belediye başkanlarının meclis kararları üzerinde birtakım yetkileri söz konusudur.<sup>91</sup> Bununla birlikte büyükşehir belediye başkanı meclisin ısrarı ile kesinleşen kararlar aleyhine genel hükümler çerçevesinde belirtilen süreler içerisinde idari yargıya da başvurabilmektedir. Diğer il ve ilçe belediyelerinde ise belediye başkanı büyükşehir belediye başkanına tanınan yetkiye benzer şekilde, hukuka aykırı gördüğü belediye meclis kararını yeniden görüşülmek üzere meclise iade edebilmektedir. Ancak diğer il ve ilçe belediye başkanları tarafından idari yargıya gitme hakkı süreyle sınırlandırılmıştır. İlgili maddeye göre; “Belediye başkanı, meclisin ısrarı ile kesinleşen kararlar aleyhine on gün içinde idarî yargıya başvurabilir” (5393 sayılı kanun, 23. madde). Yani gerek büyükşehir belediye başkanı gerek diğer il ve ilçe belediye başkanlarının belediye meclisi kararları üzerinde (kararların kesinleşmesi sürecinde) iki önemli yetkisi söz konusudur. İlk yetki güçleştirici veto olarak adlandırılabilir olan ilgili kararın belediye meclisine iadesi ile ilgilidir. Bu hakkın kullanımı belediye başkanlarına verilmiştir. İkinci yetki ise herhangi bir şekilde kesinleşen belediye meclis kararının idari yargıda iptaline yönelik açılacak dava ile ilgilidir.

Belediye meclis kararlarının kesinleşmesinin ardından yürürlüğe girmeleri için mülki idare amirlerine gönderilmesi gerekmektedir. 5216 sayılı kanun (14. madde) ve 5393 sayılı kanunda (23. madde) bu husus

---

<sup>91</sup> Belediye meclis kararlarının genel hükümler yoluyla denetiminin yanı sıra doğrudan yerel yönetimleri düzenleyen yasalarda yer verilen özel hükümler çerçevesinde mülki amirlerce ve belediye başkanlarınca denetimi de söz konusudur. 5216 sayılı Büyükşehir Belediyesi Kanunu’nda, büyükşehir belediye başkanına, büyükşehir belediye meclisi kararları üzerinde güçleştirici veto yetkisi ve dava açma yetkisi yoluyla denetim gerçekleştirilmesine yönelik özel hükümler öngörülmüştür (14. madde). Güçleştirici veto uygulaması, büyükşehir belediye başkanının hukuka aykırı gördüğü meclis kararlarını yeniden görüşülmek üzere meclise iade etmesiyle ortaya çıkmaktadır. Zira yeniden görüşülmesi istenilen kararlar ancak üye tam sayısının salt çoğunluğu ile kabul edildiği takdirde kesinleşebilecektir. Oysa olağan durumlarda, 5393 sayılı kanunda belirtildiği üzere, belediye meclisi üye tam sayısının salt çoğunluğu ile toplanmakta ve katılanların salt çoğunluğu ile karar almaktadır. Ancak her durumda karar yeter sayısı üye tam sayısının  $\frac{1}{4}$ ’ünden az olamamaktadır (22. madde). Bu yüzden büyükşehir belediye başkanınca büyükşehir belediye meclisine gönderilen kararların üye tam sayısının salt çoğunluğu ile kabul edilebilmesi güçleştirici veto yetkisi olarak adlandırılabilir.

düzenlenmiş ve kesinleşen belediye meclis kararlarının yürürlüğe girebilmelerini en geç yedi gün içerisinde mahallin en büyük mülki idare amirine gönderilmesi şartına bağlamıştır. Bununla birlikte mülki amirlerin de ilgili kararları genel hükümler çerçevesinde idari yargıya taşınmaları mümkündür. Çünkü ilgili mevzuatta mülki amirler için sınırlayıcı bir durum ve süre öngörülmemiştir.

## V. SONUÇ VE ÖNERİLER

Köy ve mahalle, birer idari yönetsel birim olarak köklü geçmişe sahip olan uygulamalardır. Köy kırsal yerleşim birimi olarak yönetsel düzen içerisindeki yerini alırken, mahalleler kentsel yerleşim alanları içerisindeki en küçük idari birimlerdir. 6360 sayılı yasa ile büyükşehir olan 30 il aynı zamanda bütüncül statüsüne kavuşmuş, il mülki sınırları içerisinde belediye sınırları dışında herhangi bir yönetsel alan (boşluk) kalmamıştır. Bu durumun doğal sonucu olarak il özel idareleri ile köylerin statülerine son verilmiştir.<sup>92</sup> Ancak daha sonra 5216 sayılı Büyükşehir Belediyesi Kanunu ve 31455 sayılı yönetmelik hükümleriyle büyükşehir sınırları içerisindeki mahallelerin bir kısmı için belirlenen kıstaslar doğrultusunda kırsal mahalle ya da kırsal yerleşik alana dönüşme yönünde bir düzenleme gerçekleştirilmiştir. Kırsal mahalle uygulaması kırsal alanın yok sayılması anlayışının sonucunda ortaya çıkan yeni bir uygulamadır. Kırsal ifadesi ile mahalle ifadesinin tarihsel uygulama süreci gözetildiğinde uyumsuz veya tezat iki kavramın bir arada kullanımının söz konusu olduğu belirtilmelidir. Kırsal yerleşim yerleri içerisinde bir anlam ifade eden yerleşim birimleri köy olarak nitelendirilirken, mahalleler şehir ya da kent yaşamı içerisinde alt düzey yönetsel birimi temsil etmektedir. 'Kırsal mahalle' kavramı bu yönüyle oksimoronik bir ifade olarak değerlendirilmelidir.

Kırsal mahalle ya da kırsal yerleşik alan tespitine ilişkin yetki büyükşehir ilçe belediyelerine verilmiş olsa da bu yetki tek başına yeterli değildir. İlgili büyükşehir belediyelerinin, ilçe büyükşehir belediyelerinin teklifleri üzerinde aynen ya da değiştirerek onama, reddetme veya sınır genişletme yetkileri söz konusudur. Bu durum büyükşehir belediyeleri ile ilçe belediyeleri arasındaki vesayet benzeri denetim ilişkisine yeni bir

<sup>92</sup> Bu durum köylerin ve beldelerin tüzel kişiliklerinin kaldırılmasına katılmak şeklinde algılanmamalıdır. Aksine köy tüzel kişiliği haiz, kadim bir yerleşim birimi olarak varlığı sürdürülmesi gereken kırsal bir idari birimdir. Yukarıdaki ifade ile anlatılmak istenilen, '6360 sayılı yasa ile 30 büyükşehirde kırsal alanın yok sayılmasıdır.

uygulama halkası eklenmesine neden olmuştur. Oysa Avrupa Yerel Yönetimler Özerklik Şartı (AYYÖŞ) hükümleri çerçevesinde ilgili ilçe belediyesine bu anlamda tam ve münhasır yetki verilmelidir.<sup>93</sup> Türkiye bu hükme çekince koymamıştır. Bununla birlikte ilgili meclis kararlarına yönelik yargısal denetimin büyükşehir belediye başkanlarınca, mülki amirlerce ve genel hükümler çerçevesinde hakları muhtel olanlarca gerçekleştirilebileceği anlaşılmaktadır. Bu durum hukuk devleti olmanın bir gereği olarak değerlendirilmeli takdir yetkisinin sınırsız olmadığı anlayışı güçlendirilmelidir. Her ne kadar mahalle olarak adlandırılırsalar da büyükşehir kanunu çerçevesinde mahalleye dönüştürülen yerleşim yerlerinin öncelikle uzun bir süre köy ve belde statüsüyle yönetildikleri hatırlanmalıdır. Kırsal mahalle olarak yeniden statüsü değiştirilebilecek olan bu yerlerin ilgili kanun ve yönetmelik çerçevesinde birtakım indirim ve muafiyetlerden yararlanacağı açıktır. Bu doğrultuda kırsal mahalle ve kırsal yerleşik alan yönetmeliğinde kırsal mahalle olma sürecinde kendilerine neredeyse hiç söz hakkı verilmeyen ilgili mahalle halkının sürece aktif katılımının sağlanması gerekmektedir. Hatta bu talep ilçe belediye meclisi ve büyükşehir belediye meclisi açısından bağlayıcı olmalı denetim yalnızca 31455 sayılı yönetmelik ile belirlenen çerçevede (daha somut kriterler sağlanarak) hukukilik denetimi şeklinde olmalıdır. 31455 sayılı yönetmelik ve 5216 sayılı kanuna ek 3. maddede belirtilen ölçütleri sağlayan mahalleler, ilgili mahalle halkının talebine bağlı olarak gerekli şartların varlığı halinde, söz konusu mahalle, kırsal mahalle statüsüne kavuşturulmalıdır. Diğer taraftan köylerin tüm karakteristik özelliklerini sergileyecek olan kırsal mahallelerin tüzel kişiliği haiz olmaları ve birer mahalli idari birim olarak değerlendirilmeleri gerekmektedir. Kişi topluluğu şeklinde kamu tüzel kişileri kategorisine kırsal mahalleler de eklenmelidir. Ancak şayet bu şekilde bir değişiklik yapılacaksa kamu tüzel kişiliğinin kurulabilmesi adına kanun ya da Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile bir düzenlemenin yapılması gerekmektedir. Diğer taraftan mahalli idare birimleri, 1982 Anayasası'nda sayılıp tüketildiğinden bu anlamda bir anayasal değişikliğinin gerekip gerekmeyeceği tartışmaları da yaşanabilecektir.

Büyükşehir ile ilçe belediyeleri arasındaki idari vesayet yetkisini andıran düzenlemelerin varlığı yerel özerklik ilkesine zarar vermekte ve bü-

<sup>93</sup> Avrupa Yerel Yönetimler Özerklik Şartı, 4/4 madde



yükşehir ilçe belediyelerinin karar alma mekanizmalarının aldığı kararlarının tek başına bir anlam ifade edememesi ile sonuçlanmaktadır. Oysa AYYÖŞ metnindeki Türkiye birtakım maddelere çekince koymakla birlikte bu sözleşmeye taraf ülkelerdendir, kamu sorumluluklarının genellikle ve tercihen vatandaşa en yakın birimlerce kullanılması gerektiği vurgulanmıştır.<sup>94</sup> Hâlihazırda kavram kargaşasına neden olan bu duruma son verilmesi yerinde olacaktır. Kırsal mahalle uygulaması ile daha evvel imar ve bütçe konularında var olan tartışma sahasına bir yenisi daha eklenmiştir. Bu türden uygulamaların artması yerelde merkezileşme/yerelleşirken merkezileşme tartışmalarına zemin hazırlayacaktır.

Kırsal mahalle ve kırsal yerleşik alan tespitinde, 'adalet, eşitlik ve genellik' prensiplerinin göz önünde bulundurulması istenilmiştir. Ancak kırsal mahallelerin belirlenme sürecinde ilgili büyükşehir ilçe ve büyükşehir belediye meclisinin alacağı kararlar etkili olmaktadır. Söz konusu prensiplerin belirlenme nedeni muhtemelen belediye meclislerince verilecek kararlarda (olası) çifte standartların önüne geçilmeye çalışılmasıdır. Düzenleme il içerisinde objektif bir tutum takınmak adına kısmen de olsa etkili olabilir ancak iller arası yeknesak bir anlayışın benimsenmesi adına yetersiz kalacağı açıktır. Bu durumun en önemli nedeni ilgili yönetmelikte kırsal mahalle olma sürecinde belirlenen kıstasların muğlaklığı ve somut olmayışıdır. Diğer taraftan kırsal mahalle halkı için önemli indirim ve muafiyetler sağlayan düzenlemelerin varlığı, ilgili meclislerce kırsal mahallelere yönelik kararların alınması sırasında politik saiklerle hareket edilmesine neden olabilecektir.

Söz konusu problemin ortadan kaldırılması adına atılacak merkezi adımlar ise yerel yönetimlerin özerkliğine yönelik endişeleri besleyecektir. Şu halde gündeme gelecek olan ilk başlık, gerek ilgili yönetmelik çerçevesinde belirlenen kıstaslar çerçevesinde gerek yeknesak bir tablo oluşturma gayreti içerisinde atılacak merkezi bir adımın yerel yönetimlerin özerkliğinin sekteye uğratıp uğratmayacağıdır. Özü itibarıyla yerel özerklik merkezi idarenin müdahalesine gerek kalmaksızın yerel yönetimlerin görev ve sorumluluklarını yasalar çerçevesinde ifa edebilme yetisi olduğundan, merkezi idarenin yerel yönetimin görev sahasına giren bir konuda müdahalesini kabul etmez. Bununla birlikte üniter devlet ya-

<sup>94</sup> Avrupa Yerel Yönetimler Özerklik Şartı, 4/3 madde

pılanmalarında idarenin bütünlüğü ilkesinin doğal sonucu olarak merkezi idarenin mahalli idareler üzerinde vesayet denetimi yetkisinin olduğu kabul edilmektedir. Bu anlamda gerçekleştirilecek olan düzenlemelerin ve atılacak olan adımların hukukilik denetimi ile sınırlandırılması yerel yönetimlerin özerkliğine zarar vermeyecek aksine politik saiklerle alınacak kararların önüne geçecek, objektif ve yasalar çerçevesinde kararlar alınmasına zemin hazırlayacaktır. Bununla birlikte yerel özerkliğin giderilmesi adına hangi yerleşim birimlerinin kırsal mahalle statüsünde olacağına karar verme yetkisi (mevzuat tarafından belirlenen çerçevede) mahalli idarelerinin kendisine verilmelidir.

## KAYNAKLAR

- 5216 Sayılı Kanun, Büyükşehir Belediyesi Kanunu, Kabul Tarihi: 10.07.2004, Resmi Gazete, 23.07.2004, Sayı: 25531.
- 5393 Sayılı Kanun, Belediye Kanunu, Kabul Tarihi: 03.07.2005, Resmi Gazete: 13.07.2005, Sayı: 25874.
- 6360 Sayılı Kanun, On Dört İlde Büyükşehir Belediyesi ve Yirmi Yedi İlçe Kurulması İle Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun. Kabul Tarihi: 12.11.2012, Resmi Gazete Tarih: 06.12.2012, Sayı: 28489.
- ALICI, Orhan Veli**, “Büyükşehir Belediyesinin İlçe Belediyeleri Üzerindeki Denetim Yetkisinin Kavramsal Açından Değerlendirilmesi”, Yerel Politikalar, 0 (2), 2012, 38-52.
- ALTAN, Yakup, KERMAN, Uysal ve AKTEL, Mehmet**, “Köy Kanunu Tasarısı Taslağı Üzerine Bir Değerlendirme”, Dumlupınar Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, 26, 2010, 56-65.
- Anayasa Mahkemesi, Esas Sayısı: 2013/19, Karar Sayısı: 2013/100, Karar Günü: 12.09.2013, Resmi Gazete Tarih ve Sayısı: 18.09.2013 ve 29123.
- ARIKBOĞA, Erbay**, “Büyükşehir Belediye Modeli ve Reform”, Marmara Sosyal Araştırmalar Dergisi, Sayı 2, Haziran 2012, 1-32.
- ARIKBOĞA, Erbay**, “Özerklik, Yerel Yönetimler ve Türkiye”, Marmara Belediyeler Birliği Kültür Yayınları, İstanbul, 2015.
- AYAN, Mehmet ve AYAN, Nurşen**, “Kişiler Hukuku”, Mimoza Yayıncılık, Konya, 2016.
- BAŞA, Şafak**, “Köy Yönetimi, Toplum Kalkınması ve Köykent Yaklaşımı”, Erişim Adresi: [http://www.safakbasa.com.tr/yuklenen\\_akademik\\_calismalar/16-KOY\\_YONETIMI\\_TOPLUM\\_KALKINMASI\\_VE\\_KOYKENT\\_YAKLASIMI\(KONFERANS\).pdf](http://www.safakbasa.com.tr/yuklenen_akademik_calismalar/16-KOY_YONETIMI_TOPLUM_KALKINMASI_VE_KOYKENT_YAKLASIMI(KONFERANS).pdf), Erişim tarihi: 13.05.2022.
- BAŞARAN, Sermet**, “Yerel Yönetimlerde Özerklik ve İdari Vesayet Türkiye Örneği”, Sonçağ Yayınları, Ankara, 2018.
- BAYARTAN, Mehmet**, “Osmanlı Şehrinde Bir İdari Birim: Mahalle”, İstanbul Üniversitesi Fen Edebiyat Fakültesi Coğrafya Bölümü Coğrafya Dergisi, 13, 2005, 93-107.

Birleşmiş Milletler (2022). Erişim adresi: <https://unstats.un.org/unsd/demographic/sconcerns/densurb/densurbmethods.htm>, erişim tarihi: 02.06.2022.

**CEYHAN, Seher ve TEKKANAT, Semiha Sultan**, “6360 Sayılı Kanun ve Ankara İline Etkileri” 6360 Sayılı Kanun ve Ankara İline Etkileri. Bitlis Eren Üniversitesi Akademik İzdüşüm Dergisi, 3 (2), 2018, 20-42.

**ÇAĞLAYAN, Ramazan**, “Hukukumuzda Kamu Tüzel Kişiliği Kavramı ve Kıstasları”, Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, 0 (7), 2016, 373-398.

**DERDİMAN, Ramazan Cengiz**, “Kamu Tüzel Kişiliğinin Ölçütleri Hakkında Değerlendirmeler. Uluslararası Yönetim Akademisi Dergisi, 4 (3), 2021, 545-573.

**DURAN, Lütfi**, “İdare Hukuku Meseleleri”, İstanbul Üniversitesi Yayınları (No: 1080), Hukuk Fakültesi No: 230, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1964.

**ELDEM, Hulusi**, Yerel Yönetimler Reformunun Bir Parçası Olarak Köy Kanunu Tasarı Taslağı. Optimum Ekonomi ve Yönetim Bilimleri Dergisi, 2 (1), 2015, 39-61.

**ERGENÇ, Özer**, “Osmanlı Şehrindeki «Mahalle» nin İşlevi ve Nitelikleri Üzerine. Osmanlı Araştırmaları IV. Editör Halil İnalçık, Nejat Göyünç, Heath W. Lowry. 69-78, Journal of Ottoman Studies, Enderun Kitabevi, İstanbul, 1984.

**GERAY, Cevat**, “Türkiye’de Kırsal Yerleşme Düzeni ve Köy Kent Yaklaşımı”, Ankara Üniversitesi SBF Dergisi, 30 (1), 45-66.

**GÖRELİ, İsmail Hakkı**, “Amme Hükmi Şahıslarının İdarece Murakabesi”, Türk Hukuk Kurumu, Ankara, 1944.

**GÖZLER, Kemal**, “6360 Sayılı Kanun Hakkında Eleştiriler: Yirmi Dokuz İlde İl Özel İdareleri ve Köylerin Kaldırılması ve İlçe Belediyelerinin Büyükşehir İlçe Belediyesi Hâline Dönüştürülmesi Anayasamıza Uygun mudur?” Legal Hukuk Dergisi, 11 (122), 2013, 37-82.

**GÖZLER, Kemal**, “Kamu Tüzel Kişiliği Kavramı Neye Yarar? K. Begüm İsbir’in Kamu Tüzel Kişiliği İsimli Doktora Tezinin Düşündürdükleri”. 2018, Erişim adresi: <https://www.idare.gen.tr/ktk-gunday-armagani.pdf>, erişim tarihi: 17.05.2022.

- GÖZLER, Kemal**, “Osmanlı/Türk Köy İdaresi Sistemi Üzerinde Fransız Etkisi: 1864 ve 1871 Osmanlı Nizamnamelerinin Köylere İlişkin Hükümleri ve 1924 Köy Kanunu Fransa’dan mı İktibas edilmiştir?” Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 68 (2), 2019, 413-443.
- GÖZÜBÜYÜK, Şeref**, “Yönetim Hukuku” (34. Baskı), Turhan Kitabevi, Ankara, 2016.
- GÜNGÖR, Ahmet**, “İkirciklem (Oxymoron) Uyumsuzluğun Uyumu”, Karadeniz Uluslararası Bilimsel Dergi, 1 (23), 2015, 102 – 121
- GÜRAN, Sait**, “Büyük Şehir Belediyesi Yönetimi Üzerine. İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi”, 4 (1-3), 1983, 51-58.
- İçişleri Bakanlığı, Mülki İdare Birimleri Envateri (2022). Erişim adresi: <https://www.e-icisleri.gov.tr/Anasayfa/MulkiIdariBolumleri.aspx>, erişim tarihi: 13.05.222.
- İSBİR, Begüm Kevser**, “Kamu Tüzel Kişiliği”, Kamu Hukuk Anabilim Dalı, Gazi Üniversitesi (Doktora Tezi), 2007.
- KAPLAN, Gürsel**, “İdari Yargılama Hukukuna Giriş (3. Baskı).” Ekin Basım Yayın ve Dağıtım, Bursa, 2021.
- KARAARSLAN, Mehmet**, “Nasıl Bir Yerel Yönetim? 6360 Sayılı Kanun Üzerine Bir Değerlendirme”. Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 17-18 (26-27-28-29), 2015, 123-162.
- KARAKAYA, Sedat**, “Mahalle Yönetimi ve Temel Sorunları.” Van Yüzüncü Yıl Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi. 50, 2020, 461-486.
- KARAKILÇIK, Yusuf**, “Yeni Yerel ve Bölgesel Gelişmeler Işığında Yerel Yönetimler (3. Baskı).” Seçkin Yayınevi, Ankara, 2016.
- KAYA, Tuba Perihan ve PEKKÜÇÜKŞEN, Şerife**, “Türkiye’de İdarenin Bütünlüğü İlkesi ve Yerel Yönetimler Üzerinde İdari Vesayet Denetimi”, 2019, İKSAD Publishing House, Ankara.
- KELEŞ, Abdurrahman**, “Abdurrahman Keleş, Kırsal Mahalle ve Kırsal Yerleşik Alan Yönetmeliği konusunu anlatıyor”. Kaydın geçtiği zaman dilimi (1.02.00-1.03.00). Erişim adresi: <https://www.youtube.com/watch?v=KXcQWK5dKuU>, erişim tarihi: 02.06.2022.

**KESER, Hayri ve AKOĞLU, Ayhan**, “Türkiye’de Belediye Meclisi Kararlarının Yargısal Denetimi”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 4 (2), 2013, 105-140.

Kırsal Mahalle ve Kırsal Yerleşik Alan Yönetmeliği, Tarih: 15.04.2021, Sayı: 31455.

**KIZILBOĞA, Rüveyda**, “Köy İdaresine Yönelik Kanun Tasarısı’ndaki Düzenlemeler”, Öneri Dergisi, 9 (35), 2011, 183-197.

**KURT, Hacı**, “Türkiye’de Kent-Köy Ve Kentli-Köylü Algısı Üzerine Bir Araştırma”, Mustafa Kemal Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, 3 (6), 2014, 1-30.

**MURATOĞLU, Tahir**, “Mahalli İdareler Mevzuatında 6360 Sayılı Kanunla Yapılan Değişiklikler”, Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 20 (32), 2015, 59-96.

**ÖNEN, Semih Mustafa ve EKEN, İhsan**, “Yerel Yönetimler Üzerinde Uygulanan İdari Vesayet Yetkisinin İrdelenmesi”, Elektronik Sosyal Bilimler Dergisi, 15 (56), 2016, 216-234.

**ÖZAY, İl Han**, “Günüşğında Yönetim”, Filiz Kitabevi, Bursa, 2004.

**ÖZDEMİR, Selman**, “6360 Sayılı Kanun Kapsamında Köyden Mahalleye Dönüşen Alanlardaki Yapıların Ruhsatlandırılmış Sayılması”, Ankara Barosu Dergisi, 2, 2020, 37-75.

**PARLAK, Bekir**, “Kamu Yönetimi Sözlüğü”, MKM Yayıncılık, Bursa, 2011.

**SANCAKDAR, Oğuz, ÖNÜT, Lale Burcu, BAŞAR, Cemal, ÇAPTUĞ DİLEK, Mehpare PALAS DAĞLI, Ezgi ve YAĞCI, Pınar**, “İdare Hukuku Pratik Çalışma Kitabı” (13. Baskı), Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022.

**SANCAKDAR, Oğuz, ÖNÜT, Lale Burcu, US DOĞAN, Eser, KASAPOĞLU TURHAN, Mine, SEYHAN, Serkan**, “İdare Hukuku” (11. Baskı), Seçkin Yayınları, Ankara, 2022.

T. C. Resmi Gazete, Kırsal Mahalle ve Kırsal Yerleşik Alan Yönetmeliği, 15.04.2021, Sayı: 31455.

**TAHTALI, Murat Buğra**, “Danıştay Kararları Işığında İptal Davalarında Bir Dava Şartı Olarak Sübjektif Ehliyet: Menfaat İhlalinde Kişisellik Şartı”, Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 5 (1), 2022, 41-62.

- TAN, Turgut**, “İdare Hukuku”(2. Bası), Turhan Kitabevi, Ankara, 2013.
- TEZCAN Durmuş**, “Türk İdare Hukuku Açısından 21. Yüzyıl Arifesindeki Yerel Yönetimlerin İşlemleri Üzerindeki Vesayet Dene-timi”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi (Prof. Dr. Mah-mut Tefvik BİRSEL’e Armağan), 2001, 659-666.
- Türkiye Büyük Millet Meclisi Genel Kurul Tutanağı 27. Dönem 4. Ya-sama Yılı 4. Birleşim Tutanakları.**
- Türkiye Büyük Millet Meclisi Genel Kurul Tutanağı 27. Dönem 4. Ya-sama Yılı 6. Birleşim.**
- ULUSOY, Ali**, “Türk İdare Hukuku” (5. Baskı), Yetkin Yayınları, Ankara, 2022.
- WIRTH, Louis**, “Urbanism as a Way of Life”, The University of Chicago Press, 44 (1), 1938, 1-24.
- YAŞ Hakan ve GÜLER Talat**, “Kır – Kent Ayrımı Görünümlerinin Havsa Örneğinde İncelenmesi”, Marmara Üniversitesi Öneri Dergisi, 12 (46), 2016, 1-20.
- YEL, Ali Murat ve KÜÇÜKAŞÇI, Mustafa Sabri**, “Mahalle”, Türkiye Di-yanet Vakfı İslam Ansiklopedisi, 23, 2003, 323-326.
- YILMAZ, Vedat ve MECEK, Mehmet**, “Türkiye’de Mahalle Yönetimleri-nin Tarihsel Gelişimi ve Hukuki Statüsü”, İdealkent Kent Araş-tırmaları Dergisi, 27 (10), 2019, 769-799.
- YOLOĞLU, Ali Cenap ve ZORLU, Fikret**, “Türkiye’de Kırsallığın Ve Kırsal Alanların Tanımlanması: Bir Yöntem Denemesi”, Mersin Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü e-Dergisi, 3 (2), 2020, 145-176.
- YÜKSEL, Fatih**, “Yerel Yönetimlerde Özerklik”. Öneri Dergisi, 2 (10), 1998, 91-96.





## KONKORDATONUN KAMU İHALELERİNE ETKİSİ

Dr. Öğr. Üyesi Mehmet KODAKOĞLU\*

### Öz

Konkordatonun amacı, borçlunun malî yapısını düzeltmesine ve varlığını devam ettirmesine imkân sağlayacak elverişli ortamın yaratılmasıdır. Ancak konkordato süreci içinde bulunan isteklilerin malî ve ekonomik yönden zayıf durumda olmaları, ihale konusu işi tamamlayabilecekleri noktasında tereddütler oluşturmaktadır.

Kamu İhale Kanunu'nun 10. maddesinde tahdidi olarak sayılan "ihale dışı bırakılma" sebeplerinden biri olarak "konkordato ilan eden" kavramı kullanılmıştır. Söz konusu kavramın, konkordato hükümlerinin düzenlendiği İcra ve İflâs Kanunu'nda bir karşılığı bulunmamaktadır. Öte yandan "konkordato ilan eden" kavramına, Kamu İhale Kanunu'ndaki ilgili düzenlemenin kaynağını oluşturan Avrupa Birliği direktiflerinde de rastlanılmamaktadır.

Bu sebeple, özellikle Kamu İhale Kurulu ve devamında idarî yargı kararlarında sorunlara yol açtığı görülen ve hukukî bir zemine oturtulamayan "konkordato ilan eden" kavramı, yorum metotları kullanılarak 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu ve 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu kapsamında ele alınmış ve konkordatonun kamu ihalelerine etkisi konusu ayrıntılı olarak incelenmiştir.

\* Dr. Öğr. Üyesi, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medeni Usul ve İcra-İflas Hukuk Anabilim Dalı, Konya, Türkiye | Asst. Prof., Selçuk University, Faculty of Law, Department of Civil Procedure and Enforcement-Bankruptcy Law, Konya, Turkey.

✉ mehmetkodakoglu@gmail.com • ORCID 0000-0002-8700-7453.

✎ **Atıf Şekli** | Cite As: KODAKOĞLU Mehmet, "Konkordatonun Kamu İhalelerine Etkisi", *SÜHFD.*, C. 30, S. 4, 2022, s. 2201-2248.

✎ **İntihal** | Plagiarism: Bu makale intihal programında taranmış ve en az iki hakem incelemesinden geçmiştir. | This article has been scanned via a plagiarism software and reviewed by at least two referees.

✎ Bu eser Creative Commons Atıf-GayriTicari 4.0 Uluslararası Lisansı ile lisanslanmıştır. | This work is licensed under Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License.

## Anahtar Kelimeler

Konkordato • Kamu İhale Kanunu • Kamu İhale Hukuku • İhale Dışı Bırakılma  
• Konkordato İlan Eden

## EFFECT OF CONCORDATION ON PUBLIC AUCTIONS

### Abstract

The purpose of the concordat is to create a favorable environment that will enable the debtor to correct its financial structure and continue its existence. However, the fact that the bidders who are in the concordat process are financially and economically weak creates doubts about their ability to complete the work which is subject to the tender.

Article 10 of the Public Procurement Law uses the concept of "declaring concordat" as one of the reasons for "exclusion". This concept has no corresponding provision in the Enforcement and Bankruptcy Law, which regulates the concordat. On the other hand, the concept of "declaring concordat" is not found in the European Union directives, which constitute the source of the relevant regulation in the Public Procurement Law.

For this reason, the concept of "concordat declarant", which is seen to cause problems and which cannot be established on a legal basis, especially in the decisions of the Public Procurement Board and subsequently in administrative judicial decisions has been examined within the scope of the Public Procurement Law No. 4734 and the Public Procurement Contracts Law No. 4735 by using interpretation methods and the effect of concordat on public tenders has been examined in detail.

### Key Words

Concordat • Public Procurement Law • Public Procurement Law • Exclusion from Tender • Announcer of Concordat

## GİRİŞ

Kamu ihalesi, idarenin görev alanına giren hizmetlerin yürütülmesi amacıyla, kamu yararı gözetilerek karşılığı idare tarafından ödenmek üzere gerekli mal veya bir işin Kanun'da öngörülen usul ve kurallara uymak suretiyle oluşturulan rekabet ortamı içerisinde, katılan isteklilerden en uygun teklifi sunan kişiye yaptırılmasına yönelik olarak sözleşme öncesi yapılması gereken işlemlere ilişkin usul kurallarını içeren bir süreç-

tir<sup>1</sup>. İdarenin ne tür bir sözleşme yapması gerektiği, kural olarak ilgili yasal düzenlemelerle belirlendiği gibi sözleşmeyi yaparken izleyeceği yol ve aşamalar da genel düzenleyici işlemler ile belirlenmiştir<sup>2</sup>.

İhale sürecinin hukuka uygun yürütülmesi gerek idarenin gerek ihaleye katılan isteklilerin gerekse de kamu hizmetlerinden yararlananların ortak amacıdır. Zira idarenin ihale sürecinde gözettiği aslî amaç, kamu ihalelerinde düzeni yani kamu yararını sağlamaktır<sup>3</sup>.

Kamu ihalelerine, ancak 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun aradığı yeterliği ve şartları haiz istekliler katılabilir. Ancak gerekli yeterlikleri ve şartları haiz olmayan istekliler, teklif vermiş hatta en uygun fiyatı vererek ihale üzerine bırakılmış ve sözleşme dahi yapmış olabilirler<sup>4</sup>. Kamu hizmetine konu olan tüm işlemler ve uygulama usulleri belli kurallar çerçevesinde düzenlendiğinden, ihale düzenine aykırılıkları önlemek amacıyla, Kamu İhale Kanunu'nda belirtilen durumlarda bulunan isteklilerin ihale sürecine en başından katılmamaları için çeşitli idarî tedbirler öngörülmüştür. Böyle bir durumda "ihalelere katılmaktan yasaklama (KİK m. 58)" ve "ihale dışı bırakılma (KİK m. 10/4)" idarî yaptırımları gündeme gelir. Nitekim genel olarak ihaleye katılacakların ekonomik durumlarından veya ceza soruşturmasından ya da idarî soruşturmadan kaynaklanan yahut idarece tespit edilen engeller ile eşik değer ölçüsüne dayanan bu engellerden birinin varlığı hâlinde istekli, ihaleye katılma şartlarını sağlamamış olduğundan, ihaleye katılma engellisi hâline gelir<sup>5</sup>.

Ne var ki "ihalelere katılmaktan yasaklama (KİK m. 58)" ile "ihale dışı bırakılma (KİK m. 10/4)" kavramları birbirinden farklı idarî tedbirlerdir<sup>6</sup>. İhale yasaklılığı, ihale öncesi alınmış bir karara dayalı olarak bir ki-

<sup>1</sup> KUTLU, Meltem, İdare Sözleşmelerinde İhale Süreci, İzmir 1997, s. 76; AKYILMAZ, Bahtiyar / SEZGİNER, Murat / KAYA, Cemil, Türk İdare Hukuku, Ankara 2019, s. 503; CAN, Ozan, Kamu İhale Hukuku, Ankara 2018, s. 3.

<sup>2</sup> ÖZAY, İl Han, Gün Işığında Yönetim, İstanbul 2004, s. 427; SEZER, Yasin, Kamu İhalelerine Katılma Yasağı, s. Ankara 2012, s. 13.

<sup>3</sup> DOĞANYİĞİT, Sadettin, Kamu İhale Kanunu ve Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu, Ankara 2008, s. 859.

<sup>4</sup> ŞENYÜZ, Doğan, Kamu İhalelerinde İhale Dışı Bırakma Sebebi Olarak Vergi Borcunun Değerlendirilmesi, (Prof. Dr. Nami Çağan Anısına Armağan, Ankara 2020, s. 505-534), s. 507.

<sup>5</sup> TAŞDELEN, Aziz, Kamu Harcamaları Hukukunda İhale Süreci, Ankara 2004, s. 102.

<sup>6</sup> SIRABAŞI, Volkan, Kamu İhalelerine Katılmaktan Yasaklama, Ankara 2011, s. 14.

şinin ihaleye katılmasını engellerken; ihale dışında bırakılma ise ihale sırasında alınan bir karara dayalı olarak istekliliği sonlandırır<sup>7</sup>. Ancak Kanun'da her ihale dışı bırakılan istekli hakkında yasaklama işlemi tesis edileceğine dair bir hüküm bulunmamaktadır<sup>8</sup>.

İhale dışı bırakılma sebepleri, KİK'in 10. maddesinde tahdidi olarak sayılmış olup bu sebeplerden biri, "isteklinin konkordato ilan etmesi"dir (KİK m. 10/4-a). O hâlde, isteklinin ihale anı itibarıyla konkordato ilan etmesi hâlinde idare, ihalelere katılmaktan yasaklama kararı değil, ihale dışı bırakılma kararı verir.

Kamu ihale hukuku; özel hukuk, idare hukuku, rekabet hukuku ve durumun özelliklerine göre iktisat ve maliye gibi alanlarla ilgili olan bir hukuk dalıdır<sup>9</sup>. Bu sebeple çalışmamızda, icra ve iflas hukuku özelinde KİK'in 10. maddesinde tahdidi olarak sayılan "ihale dışı bırakılma" sebeplerinden biri olan "konkordato ilan eden" kavramı üzerinde durulacaktır. Zira söz konusu kavramdan ne anlaşılması gerektiği noktasında tam bir belirliliğin bulunmaması, ihale sürecinde önemli sorunlara yol açmaktadır.

## A. KONKORDATO KAVRAMI VE KONKORDATONUN AMACI

Konkordato, borçlarını vadesi geldiği hâlde ödeyemeyen veya vadesinde ödeyememe tehlikesi altında bulunan herhangi bir borçluya tanınmış bir cebri icra müessesesi<sup>10</sup> olup borçlular, proje kapsamında borçlarını ödeyebilmek veya muhtemel bir iflâstan kurtulmak için konkordato

<sup>7</sup> TAŞDELEN, s. 102.

<sup>8</sup> İNAN, Atilla / YAZMACI Ömer Faruk, Kamu İhalelerinde Yasaklama, Ankara 2017, s. 132.

<sup>9</sup> BUZ, Vedat, Kamu İhale Sözleşmelerinin Kuruluşu ve Geçerlilik Şartları, Ankara 2007, s. 36; SEZER, Yasin / ŞAHİN, Mustafa Emre / KALKAN, Recep Emre, Kamu İhale Hukuku Dersler, Ankara 2017, s. 3.

<sup>10</sup> Konkordatonun hukukî niteliği konusunda öğretide görüş birliği bulunmamaktadır. Söz konusu görüşler için bkz. ANSAY, Sabri Şakir, Hukuk İcra ve İflas Usulleri, Ankara 1956, s. 338; UMAR, Bilge, İcra ve İflâs Hukukunun Tarihi Gelişmesi ve Genel Teorisi, İzmir 1973, s. 23-24; ÖNEN, Ergun, "İflâs Sonra Konkordato", (BATİDER, 1976/VIII/3, s. 78-100), s. 80; ANSAY, Sabri Şakir, "Konkordato", (Adliye Ceridesi, 1940, s. 158-178), s. 159; BELGESAY, Mustafa Reşit, İcra ve İflâs Kanunu Şerhi, C. 2, İstanbul 1954, s. 10-11; POSTACIOĞLU, İlhan E., Konkordato, İstanbul 1965, s. 13-14; GÜRDOĞAN, Burhan, İflâs Hukuku Dersleri, Ankara 1966, s. 156; ARAR, Kemal, İcra ve İflâs Hükümleri, C. 2, Ankara 1945, s. 257; TANRIVER, Süha, Konkordato

talep edebilir (İİK m. 285/1). Konkordato kurumu ile piyasa koşulları ve ekonomik kriz gibi nedenlerle malî durumu bozulmuş olan iflâsa tâbi borçlu hakkında iflâs kararının verilmesi; iflâsa tâbi olmayan borçlu açısından ise aleyhine başlatılacak icra takipleriyle karşı karşıya kalınması veya başlatılmış icra takiplerinin ilerlemesi engellenmiş olur<sup>11</sup>.

Neticede, malî durumu bozuk olan borçlunun borçlarının yeniden yapılandırılması ve bu borçlarından kurtarılabilmesi, ödeme güçlüğünden çıkarılabilmesi, malî ve finansal açıdan düzeltilebilmesi ve faaliyetlerinin devamlılığının sağlanması için konkordato kurumuna ihtiyaç duyulmuştur<sup>12</sup>. Öte yandan konkordato yoluyla, iflâs tasfiyesinin aksine, borçlunun borçlarının tasfiyesi sağlanırken, finansal olarak zor durum-

---

Komiseri, Ankara 1993, s. 6-7; TANRIVER, Süha / DEYNEKLİ, Adnan, Konkordatonun Tasdiki, Ankara 1996, s. 33; ULUKAPI, Ömer, Konkordatonun Feshi, Konya 1998, s. 65-67; ALTAY, Sümer / ESKİOCAK, Altay, Konkordato ve Yeniden Yapılanma Hukuku, İstanbul 2018, s. 22; BERKİN, M. Necmeddin, İflâs Hukukunda Konkordato, İstanbul 1966, s. 43-44; ERCAN, İbrahim, İcra ve İflâs Hukukunda Mal Varlığının Terki Suretiyle Konkordato, Konya 2008, s. 43-51; UYAR, Talih / UYAR, Alper / UYAR, Cüneyt, İcra ve İflâs Kanunu Şerhi El Kitabı, C. 2, Ankara 2012, s. 3133; KALE, Serdar, Sorularla Konkordato (İflâs Dışı ve İflâs İçi Adi Konkordato), İstanbul 2017, s. 2; PEKCANITEZ, Hakan / ERDÖNMEZ, Güray, 7101 Sayılı Kanun Çerçevesinde Konkordato, İstanbul 2018, s. 4-5; PEKCANITEZ, Hakan / ATALAY, Oğuz / SUNGURTEKİN Özkan, Meral / ÖZEKES Muhammet, İcra ve İflâs Hukuku Ders Kitabı, İstanbul 2018, s. 441; ARSLAN, Ramazan / YILMAZ, Ejder / TAŞPINAR AYVAZ, Sema / HANAĞASI, Emel, İcra ve İflâs Hukuku, Ankara 2020, s. 565; GÖRGÜN, L. Şanal / BÖRÜ, Levent / KODAKOĞLU, Mehmet, İcra ve İflas Hukuku, 2. Bası, Ankara 2022, s. 625.

<sup>11</sup> BAUMANN, Jürgen, Konkurs und Vergleich, 2. Auflage, Bielefeld 1981, s. 173.

<sup>12</sup> BAUMANN, s. 174; ZIMMERMANN, Walter, Konkurs, Vergleichsverfahren, Zwangsversteigerungs-gesetz, Zivilprozeßrecht III, Heidelberg 1986, s. 109; RENKL, Günter, Zwangsvollstreckungs-und Konkursrecht, München 1983, s. 191, Rn. 205; BURULOĞLU, Enver / REYNA, Yuda, Konkordato Hukuku, İstanbul 1968, s. 3; ÜSTÜNDAĞ, Saim, İflâs Hukuku, İstanbul 2002, s. 197; SARISÖZEN, M. Serhat, "Malvarlığının Terki Suretiyle Konkordato", (LHD, Nisan/4/40, s. 1037-1051), s. 1038; KURU, Baki, İflâs ve Konkordato Hukuku, İstanbul 1988, s. 403; UYAR / UYAR / UYAR, s. 3132; TANRIVER / DEYNEKLİ, s. 44; UYAR Talih, Yeni Konkordato Hukukumuzun Temel İlkeleri, Ankara 2019, s. 17; ÖZTEK, Selçuk, Yeni Konkordato Hukuku, Ankara 2019, s. 140; AYDINALP, Aslıhan Kayık, "Konkordatonun İşçilik Alacakları ve İş Sözleşmeleri Üzerine Yansımaları", (DEÜHFD, C. 21, S. 2, 2019, s. 487-522), s. 489-490; DOĞAN, Emsalgül, Konkordatonun Tasdiki Yargılaması, Ankara 2020, s. 7; AKYÜREK / AYHAN / AKYÜREK, Remziye: Konkordato Hukuku, Ankara 2019, s. 21.

daki borçlunun haciz veya iflâs yoluyla takiplerden korunması, borca batık olan borçlunun ise malî durumunun iyileştirilmesi<sup>13</sup>, malî ve finansal olarak zor durumda olan işletmenin teşebbüs değerinin artırılması, ekonomik faaliyetinin devam etmesi ve borçlunun alacaklıları ile kişisel ve ticarî ilişkisinin sürdürülerek ortaklığın kâr elde etmesi amaçlanır<sup>14</sup>. Nihayetinde konkordato kurumu, sadece mevcut borcun ödenmesi yoluyla tasfiyesi değil, aynı zamanda bir iyileştirme (yeniden yapılandırma) aracı olarak sevk edilmiştir<sup>15</sup>.

Böylece konkordato kurumu, sadece borçlunun menfaatinin değil aynı zamanda alacaklıların ve kamu menfaatinin de korunmasını amaçlar<sup>16</sup>.

Konkordato ile borçlu, borcunun belirli bir yüzdesini ödemeyi teklif edebilir veya tamamını ödemek için alacaklılarından vade isteyebilir ya da hem vade hem tenzilat isteyerek karma konkordato teklif edebilir. Konkordato talebi neticesinde verilen mühletin sonuçları, esasen yukarıda bahsettiğimiz amaçların sağlanmasının bir aracıdır. Nitekim mühlet içinde borçlu aleyhine hiçbir takip başlatılmaması ve daha önce başlatılmış takiplerin durması, şüphesiz, borçlunun mühlet boyunca ekonomik

<sup>13</sup> ATALAY, Oğuz, Borca Batıklık ve İflâsın Ertelenmesi, İzmir 2007, s. 115-117; ERDÖNMEZ, Güray, "Yeni Konkordato Düzenlemesi Hakkında Bazı Tespitler", (7101 Sayılı Kanun'la Konkordato ve Elektronik Tebligat Konularında Getirilen Yenilikler, Editör: Prof. Dr. Muhammet Özekes, Lexpera Seminer), İstanbul 2018, s. 139-140.

<sup>14</sup> ZIMMERMANN, s. 109; RENKL, s. 191, Rn. 205; OEHRİ, Daniel, Der Sachwalter im Nachlassverfahren: Ein Diener zweier Herren, Schulthess Verlag, Zürich, 2018, s. 114; BAŞÖZEN, Ahmet, Müflisin Tasarruf Yetkisi, Ankara 2005, s. 109; TAŞPINAR AYVAZ, Sema, İcra ve İflâs Hukukunda Yeniden Yapılandırma, Ankara 2005, 238-239; ÖZEKES, Muhammet, Konkordatoya Başvuru ve Geçici Mühlet Kararı, 7101 sayılı Kanunla Konkordato ve Elektronik Tebligat Konularında Getirilen Yenilikler, İstanbul 2018, s. 47; TANRIVER, Komiser, s. 4, 18; ALBAYRAK, Hakan, İflâs Dışı Adi Konkordatoda Konkordato Mühletinin Sözleşmeler Bakımından Sonuçları, Ankara 2020, s. 43; ATALI, Murat / ERMENEK, İbrahim / ERDOĞAN, Ersin, İcra ve İflâs Hukuku, Ankara 2022, s. 623-624; ALTAY / ESKİOCAK, s. 41-42; ERMENEK, İbrahim, İflâsın Ertelenmesi, Ankara 2010, s. 133; BERKİN, Konkordato, s. 28-29; AYDEMİR, Efrail, Konkordato (Sermaye Şirketleri ve Kooperatiflerin Uzlaşma Suretiyle Yeniden Yapılandırılması), Ankara 2015, s. 18.

<sup>15</sup> ZIMMERMANN, s. 109; RENKL, s. 191, Rn. 205; BAUER, Thomas, Ergänzungsband zum Basler Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, 2. Auflage, Basel 2017, Art. 295a, N. 2.

<sup>16</sup> BAUMANN, s. 174; PAGENSTECHE, Max, Der Konkurs, 2. Aufl., München und Berlin 1950, s. 130; TANRIVER, Komiser, s. 4-5; BERKİN, Konkordato, s. 28-29; ALTAY / ESKİOCAK, s. 42.

yönden rahat bir nefes almasını sağlayacak, alacaklıların baskısı altında olmadan konkordato projesini hayata geçirebilmek için faaliyetlerini devam ettirebilecek ve bu sayede ekonomik kimliğini korumuş olacaktır<sup>17</sup>. Zira icra tehdidi ile karşı karşıya kalması, ödeme güçlüğü içinde bulunan borçlunun malî durumunun daha da kötüleşmesine neden olabilecektir<sup>18</sup>.

Öte yandan mühletin, özellikle takip yasağına ilişkin sonucu ile, borçlunun bu süreçte alacaklılarla konkordato müzakerelerine hazırlık yapabilmesi ve alacaklıların baskısından kurtularak kendisine iyileşme olanağının verilmesi sağlanmak istenmiştir<sup>19</sup>.

Konkordato kurumu, borçludan başka alacaklıların da menfaatlerini korumayı amaçlar. Nitekim iflâs talebinde bulunabilecek alacaklıların da konkordato talebinde bulunmasına imkân tanınmış olması bunun bir göstergesidir (bkz. İİK m. 285/2)<sup>20</sup>.

Konkordatodaki eşitlik ilkesi gereği, alacaklılar arasındaki menfaat dengesi gözetilerek<sup>21</sup> konkordatoya tâbi borçlar, alacaklıların kabul ettiği ve mahkemenin onayladığı proje uyarınca alacaklılara ödenir<sup>22</sup>. Sadece

<sup>17</sup> BERKİN, Konkordato, s. 28,29; BERKİN, M. Necmeddin, İflâs Hukuku, İstanbul 1972, s. 523; BERKİN, M. Necmeddin, "Konkordato Akti ve Konkordatonun Hukuki Mahiyeti", (İBD, 1949/XXIII/4, s. 193-213), s. 193; GÜRDOĞAN, s.155; BURULOĞLU / REYNA, s. 3; ÜSTÜNDAĞ, s. 197; ANSAY, Konkordato, s. 159; ARAR, s. 255-256; KURU, Konkordato, s. 403-404; KURU, Baki, İcra ve İflâs Hukuku El Kitabı, Ankara 2013, s. 1443; TANRIVER / DEYNEKLİ, s. 30; TANRIVER, Komiser, s. 4; SARISÖZEN, Malvarlığının Terki, s. 1038; GÜNER, Abdullah, "Konkordato", (AD, 1957/2, s. 277-310), s. 278, 284; BAŞÖZEN, s. 109; UYAR, Yeni Konkordato Hukuku, s. 18; KIRAZ, Taylan Özgür, "Konkordatoya İlişkin Doğrudan Doğruya İflâs Halleri", (Prof. Dr. Nuri Çelik'e Armağan, C. 1, İstanbul 2001, s. 855-873), s. 861; GÖRGÜN / BÖRÜ / KODAKOĞLU, s. 626.

<sup>18</sup> TUNÇ YÜCEL, Müjgan, Konkordato Mühletinin Alacaklılar Bakımından Sonuçları, İstanbul 2020, s. 5.

<sup>19</sup> ZIMMERMANN, s. 109; RENKL, , s. 191, Rn. 205; TUNÇ YÜCEL, s. 127.

<sup>20</sup> TAŞPINAR AYVAZ, 245; YILMAZ, Ejder, İcra ve İflâs Kanunu Şerhi, Ankara 2016, s. 1258.

<sup>21</sup> ZIMMERMANN, s. 112; BERKİN, Necmeddin, "Konkordato ve İflâs", (İBD, 1939/XXIII/3, s. 129-147), s. 133; ÜSTÜNDAĞ, s. 197.

<sup>22</sup> HUNKELER, Daniel: Kurzkommentar Schuldbetreibungs und Konkursgesetz, D. Hunkeler, (Ed.), Basel 2014, Art 297, N. 1; TUNÇ YÜCEL, s. 7; ALBAYRAK, Konkordato, s. 44; ALTAY / ESKİOCAK, 43; ERMENEK, s. 134-135; ÖZTEK, Öztek-Konkordato Şerhi, s. 89; PEKCANITEZ / ATALAY / ÖZEKES/ SUNGURTEKİN ÖZKAN, s. 466; ATALI / ERMENEK / ERDOĞAN, s. 624.

iflâsa tâbî olmayan borçluya karşı icra takibinde bulunan alacaklılar arasından borçlunun mallarını ilk önce haczettirenler alacaklarına tam olarak kavuşabilecek iken, bu alacaklılara nazaran borçlunun mallarını daha sonra haczettiren alacaklılar ise hacze iştirak hâli (İİK m. 100-101) olmazsa, belki alacaklarına daha geç ulaşacaklar belki de hiç ulaşamayacaklardır. İşte bu durum, icra hukuku açısından alacaklılar arasında bir eşitsizlik yaratmaktadır<sup>23</sup>.

İflâs hukukunda borçlunun iflâs masasına dâhil olan malvarlığı, iflâs idaresi tarafından düzenlenen sıra cetveli uyarınca, alacaklılar arasında paylaştırılrsa da (İİK m. 207), sıra cetvelinde son sırada yer alan imtiyazsız alacaklılara (İİK m. 206) sıra gelme ihtimali oldukça zayıftır. Bağlayıcı hâle gelen konkordato, konkordato talebinden önce veya komiserin izni olmaksızın mühlet içinde doğan bütün alacaklar için mecburidir (İİK m. 308/c-2). İşte konkordato projesi kapsamında belirlenen ödeme şartları çerçevesinde bu alacaklılar bakımından yine eşitlik ilkesi geçerli olacaktır. (İİK m. 308/c-1).

Bununla birlikte, konkordato ile borçlunun ekonomik faaliyetinin devamı sağlanarak alacaklılar, kendileri açısından külfetli ve uzun sürebilecek takiplerden kurtularak<sup>24</sup>, borçlunun iflâsı hâlinde elde edecekleri muhtemel miktardan daha fazla bir alacağa kavuşacaklardır (bkz. İİK m. 305/1-a).

Son olarak konkordato kurumu, sadece borçlunun ve alacaklıların menfaatleriyle sınırlı kalmayarak, kümülatif bir fayda çerçevesinde kamu menfaatinin korunmasına da hizmet eder<sup>25</sup>.

Konkordato sürecinde borçlunun işletmesinin faaliyetlerine devam etmesi ve bu süreçte hizmet sözleşmelerinin feshedilememesi (İİK m. 296/2), mevcut iş gücünün ekonomik faaliyetler içerisindeki yerini koruyacağından, işgücü piyasalarında da istihdama bağlı bir kriz ortamı da yaratılmamış olacaktır.

<sup>23</sup> KURU, Baki, İstinaf Sistemine Göre Yazılmış İcra ve İflâs Hukuku Ders Kitabı, Ankara 2018, s. 497; KURU, El Kitabı, s. 1443; KURU, Konkordato, s. 403.

<sup>24</sup> POSTACIOĞLU, s. 14; MUŞUL, Timuçin, İflâs ve Konkordato Hukuku, Ankara 2019, s. 375; BERKİN, Konkordato, s. 28; TAŞPINAR AYVAZ, s. 237; ALTAY / ESKİOCAK, s. 42; PEKCANITEZ / ERDÖNMEZ, s. 4-5; YILDIRIM, Kamil / DEREN-YILDIRIM, Nevhis: İcra ve İflas Hukuku, İstanbul 2021, s. 503.

<sup>25</sup> TANRIVER, Komiser, s. 5; ALTAY / ESKİOCAK, s. 42; ATALI / ERMENEK / ERDOĞAN, s. 624; BERKİN, Konkordato, s. 28-29.



Ülke ekonomisinin menfaati bakımından konkordatoda, işletmenin ekonomik faaliyetinin devam etmesine bağlı olarak, borçların tasfiyesinin sağlanması suretiyle yatırım ortamı iyileştirilir, ekonomik krizin ortaya çıkması engellenir, vergi kaynakları ve piyasada rekabet ortamı ile ekonomik menfaat korunur<sup>26</sup>.

Nitekim ekonomik olarak iyileştirilebilme ihtimali olan işletmelerin iflâs yoluyla tasfiye ettirilerek piyasadaki silinmeleri, şüphesiz üretim kaybına, işsizliğin artmasına ve genel olarak ülke ekonomisinin zarar görmesine yol açacaktır<sup>27</sup>. Öte yandan 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 yitirme 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 millî 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<sup>28</sup>.

Nihayetinde, işletmelerin ülke ekonomisine sağladığı katkı ve istikrar ortamı, mal ve hizmet piyasalarının serbest ve sağlıklı bir rekabet ortamı içinde teşekkülünün ve gelişmesinin temini ve istihdam imkânı, borçlunun konkordato sayesinde ticarî hayattaki varlığını devam ettirmesini oldukça önemli kılmaktadır. Esasen özünde, cebri olsa dahi, sulh ku-

<sup>26</sup> ÖZTEK, Özbek-Konkordato Şerhi, s. 140-141; ATALI / ERMENEK / ERDOĞAN, s. 624; YILDIRIM / DEREN-YILDIRIM, s. 503; ÖZEKES, s. 47; KARAKEHYA, Hakan / BORAN GÜNEYSU, Nilüfer, "Konkordatonun, Çekle İlgili "Karşılıksızdır" İşlemi Yapılmasına Sebepiyet Verme Suçundan Kaynaklı Cezaî Sorumluluğa Etkisi", (AHBVÜHFD, C. 23, S. 4, 2019, s. 3-46), s. 7.

<sup>27</sup> BERKİN, Konkordato, s. 30; TANRIVER / DEYNEKLİ s. 31; TANRIVER, Komiser, s.5; TANRIVER, Süha: "Tartışmalar", (Medeni Usul ve İcra-İflâs Hukukçuları Toplantısı-VIII, Abant 9-10 Ekim 2009, s. 281-295), s. 290; TANRIVER, Süha: "Konkordato Prosedürünün İslahı İle İlgili Bazı Düşünceler", (AÜHFD, 2001/50/3, s. 1-9), s. 1.

<sup>28</sup> 4949 sayılı Kanunun Genel Gerekçesi: <https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem22/yil01/ss225m.htm>.

rumunu barındıran konkordato, icra ve iflâs takipleriyle ortaya çıkabilecek muhtemel çatışmaları önleyeceğinden toplumsal barışı sağlamaya da hizmet etmektedir<sup>29</sup>.

## B. KAMU İHALELERİNE İLİŞKİN YASAL DÜZENLEMELER

Bütün dünyada olduğu gibi ülkemizde de kamunun ihtiyaç duyduğu mal, hizmet ve yapım işlerinin ihale yoluyla tedarik süreci olan “kamu alımı”; hem ulaştığı parasal büyüklük hem de piyasa yapısının oluşması ve piyasanın gelişmesindeki etkileri nedeniyle giderek daha da fazla önem kazanan bir maliye politikası aracıdır<sup>30</sup>. Buna bağlı olarak, küresel ticaretin gelişmeye başlayıp önem kazanması ile kamu ihalesi kavramının içinde yer alan kamu alımları, bir millî hukuk meselesi olmaktan çıkmış ve uluslararası düzenlemelerde kendisine yer bulmuştur<sup>31</sup>.

Bu başlık altında, kamu ihalelerine ilişkin Avrupa Birliği direktifleri ile bu direktifler temel alınarak hazırlanan ülkemizdeki kamu ihale mevzuatının tarihsel gelişimi üzerinde durulacaktır. Zira çalışma konumuz özelinde “ihale dışı bırakılma halleri”nin gerek Avrupa Birliği direktiflerindeki gerek ülkemizdeki düzenlemelerin incelenmesinin, meselenin daha doğru bir şekilde değerlendirilmesine katkıda bulunacağı kanaatindeyiz.

## 1. AVRUPA BİRLİĞİ'NDEKİ YASAL DÜZENLEMELER

Avrupa Birliği, küreselleşmenin etkisiyle kamu alımlarının uygun yollarla gerçekleştirilmesini sağlamaya yönelik olarak, kamu alımları<sup>32</sup> hakkında ortak bir düzenleme yapma yolunu tercih etmiştir. Böylelikle,

<sup>29</sup> YILMAZ, Ejder, “İflâs ve Konkordato Uygulamasıyla İlgili Bazı Sorunlar Üzerine Düşünceler”, (TBB, 1995/1, s. 92-109), s. 102.

<sup>30</sup> UZ, Abdullah: Kamu İhale Hukuku, Ankara 2005, s. 7, 13-14; AKDOĞAN, Muzaffer: Avrupa Birliği Uyum Sürecinde Türk İhale Rejiminin Şeffaflık Açısından Değerlendirilmesi, İstanbul 2010, s. 50. Nitekim Türkiye'nin kamu alımları piyasası, 2018'deki %5,7'ye kıyasla 2019'da GSMH'nin %3,3'üne karşılık gelmektedir. Öte yandan 2019'da (2016'nın son çeyreğinde uygulamaya konulan) elektronik ihale, 4,1 milyar TL'lik sözleşme değerine sahip 4.551 ihale için kullanılmıştır; böylece 2018'de gerçekleştirilen 60 milyon TL tutarındaki 309 ihale ile kıyaslandığında önemli bir artış kaydedilmiştir (AB Genişleme Politikasına İlişkin 2020 Bilgilendirmesi, 2020 Türkiye Raporu, s. 76-77). ([https://www.ab.gov.tr/siteimages/trkiye\\_raporustrateji\\_belgesi\\_2020/turkey\\_report\\_30.10.2020.pdf](https://www.ab.gov.tr/siteimages/trkiye_raporustrateji_belgesi_2020/turkey_report_30.10.2020.pdf)).

<sup>31</sup> UZ, s. 3; İSBİR, Begüm, Kamu İhalelerine Katılma Yasağı, Ankara 2011, s. 79.

<sup>32</sup> “Kamu alımı” kavramı, Dünya Ticaret Örgütü metinlerinde “government procurement, Avrupa Birliği düzenlemelerinde ise “public procurement” kavramlarıyla ifade edilmektedir.

Avrupa Birliği ekonomisi içerisinde önemli bir yere sahip olan kamu alımları ile ilgili kamu ihalelerindeki istekliler arasındaki rekabet, olabildiğince artırılarak, kamu kaynaklarının daha etkin kullanılması amaçlanmıştır.

Kamu alımları ile ilgili Avrupa Birliği müktesebatı; şeffaflık, eşit işlem, serbest rekabet ve ayrımcılık yapılmamasına ilişkin genel ilkelerin yanında, Avrupa Birliği çapında kamu kuruluşlarının yaptığı ve belirli eşik değerler üzerinde kalan yapım işi, hizmet alımı ve tedarik ihalelerinde ortak özel usullerin uygulanması ile ihalelere yönelik şikâyet ve bu şikâyetin incelenmesine ilişkin kuralları düzenlemektedir<sup>33</sup>.

Avrupa Birliği Konseyi'nin kamu alımlarına ilişkin ilk düzenlemesi, 18.06.1992 tarihli ve 92/50/EEC sayılı *Kamu Hizmeti Sözleşmeleri İhalelerinin Koordinasyonu Hakkındaki Direktif*<sup>34</sup>'tir. Bu direktiften sonra ise sırasıyla, 14.06.1993 tarihli ve 93/36/EEC sayılı *Kamu Tedarik Sözleşmeleri İhale Usullerinin Koordinasyonu Hakkındaki Direktif*<sup>35</sup>, 14.06.1993 tarihli ve 93/37/EEC sayılı *Kamu Yapım İşleri Sözleşmeleri İhale Usullerinin Koordinasyonu Hakkındaki Direktif*<sup>36</sup> ile yine aynı tarihte kabul edilen 93/38/EEC sayılı *Su, Enerji, Taşıma ve Telekomünikasyon Sektöründe İstihale Edilen Teşebbüslerin İhale Usullerinin Koordinasyonu Hakkında Direktif*<sup>37</sup> ile Avrupa Birliği'ne üye ülkeler için kamu alımlarının düzenlenmesine dair genel bir çerçeve oluşturulmuştur.

2000'li yıllarda ise mal, hizmet, yapım ve danışmanlık ihalelerinin; teknolojinin ve küreselleşmenin getirdiği gereksinimler neticesinde oldukça yoğun bir şekilde yapılıyor hâle gelmesi, direktiflerin yenilenmesini ve güncellenmesini beraberinde getirmiştir. Neticesinde, değişen piyasa koşulları ve gelişen ekonomik faaliyetlere uyum sağlamak amacıyla yapılan çalışmalar sonuç vermiş ve 14.06.1993 tarihli ve 93/37/EEC sayılı direktif kaldırılarak, bu alım türünü de kapsayan 31.03.2004 tarihli ve 2004/18/EC sayılı *Kamu Yapım, Tedarik ve Sunum İşleri Sözleşmeleri İhale*

<sup>33</sup> [https://www.ab.gov.tr/5-kamu-alimlari\\_70.html](https://www.ab.gov.tr/5-kamu-alimlari_70.html)

<sup>34</sup> <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CLEX:31992L0050&form=EN>

<sup>35</sup> <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:31993L0036&form=EN>

<sup>36</sup> <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:31993L0037&form=EN>

<sup>37</sup> <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:31993L0038&form=EN>

*Usullerinin Koordinasyonu Hakkındaki Direktif*<sup>38</sup> (Klasik Direktif) yayımlanarak yürürlüğe girmiştir. Böylelikle, mevcut kamu mal alımları (93/36/EEC), yapım işleri (93/36/EEC) ve hizmet alımı (93/50/EEC) ihale usulleri basitleştirilmiş ve tek bir direktif altında toplanarak diğer direktiflerle uyumlu hale getirilmiştir. Öte yandan yine 31.03.2004 tarihli ve 2014/17/EC sayılı *Su, Enerji, Taşıma ve Posta Hizmetleri Sektöründe İştigal Eden Teşebbüslerin İhale Usullerinin Koordinasyonu Hakkında Direktif*<sup>39</sup> (Sektör Direktifi) de bu dönemde yürürlüğe girmiştir.

2004/18/EC sayılı direktif, devlet ve belediye işletmelerinin yanı sıra bakanlıklar, merkezî yönetim ve belediye idareleri gibi birçok ihale makamını kapsarken, 2004/17/EC sayılı direktif ise su arıtımı, enerji, liman yönetimi ve hava limanı tesisleri gibi özel birtakım alanlarda işlem yürüten ihale makamlarını kapsamaktadır. Bu direktiflerin kabulü ile kamu alımı ve kamu ihale sözleşmelerine ilişkin hukukun sistematikleştirilmesi ve basitleştirilmesi açısından önemli bir adım atılmıştır.

13.07.2009 tarihinde ise, 2004/17/EC ve 2004/18/EC sayılı direktiflerde değişiklik yapan, savunma ve güvenlik alımı konularında, yapım ve hizmet dâhil silah, cephane ve savaş malzemelerinin alımına ilişkin kurallar getiren 2009/81/EC sayılı direktif yürürlüğe girmiştir. 13.12.2014 tarihinde de 2004/17/EC, 2004/18/EC ve 2009/81/EC sayılı direktiflerin uygulanmasına ilişkin 1336/2013 sayılı Komisyon Regülasyonu çıkartılmıştır.

2004/17/EC ve 2004/18/EC sayılı direktifler, ticaret hayatındaki hızlı gelişmeler karşısında geçerliliğini yitirdiğinden kullanılamaz hâle gelmiş ve nihayetinde, 2014/25/EC sayılı *Su, Enerji, Taşıma ve Posta Hizmetleri Sektöründe İştigal Eden Teşebbüslerin İhale Usullerinin Koordinasyonu Hakkında Direktif*<sup>40</sup>, 2004/17/EC sayılı direktifi; 2014/24/EC sayılı *Kamu İhaleleri Direktifi*<sup>41</sup> de 2004/18/EC sayılı direktifi yürürlükten kaldırmıştır.

<sup>38</sup> <http://eur-lex.europa.eu/legalcontent/EN/TXT/PDF/?uri=CLEX:02004L001820090821&from=EN>

<sup>39</sup> <http://eur-lex.europa.eu/legalcontent/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:02004L001720140101&from=EN>

<sup>40</sup> <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32014L0025&from=EN>

<sup>41</sup> <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32014L0024&from=EN>

## 2. ÜLKEMİZDEKİ YASAL DÜZENLEMELER

Türkiye’de kamu alımlarını düzenleyen ilk pozitif düzenleme, 22.04.1925 tarih ve 661 sayılı Müzayede, Münakasa ve İhale Kanunu<sup>42</sup>’dur. 2490 sayılı “Artırma, Eksiltme ve İhale Kanunu”<sup>43</sup> ile 661 sayılı Müzayede, Münakasa ve İhale Kanunu yürürlükten kaldırılmıştır. Ne var ki, katı hükümler içeren ve zaman kaybına sebebiyet veren formaliteler barındıran 2490 sayılı Kanun da zamanla büyüyen ekonomimizin gereği olan ilişkileri düzenlemede yetersiz kalmış, günün ihtiyaçlarına ve özellikle planlı kalkınmanın gerçekleştirilmeye çalışıldığı döneme ilişkin ihtiyaçlara cevap veremez hâle gelmiştir<sup>44</sup>. Bu sebepler neticesinde yeni bir düzenlemeye gidilmesi zorunluluğu doğmuş<sup>45</sup> ve 2490 sayılı Kanun yürürlükten kaldırılıp 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu<sup>46</sup> 01.01.1984 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

2886 sayılı Devlet İhale Kanunu ile idarelerin alım, satım, hizmet, yapım, kira, trampa, mülkiyetin gayri aynî hak tesisi ve taşıma işleri yürütülmüştür. 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu’nun özellikle Avrupa Birliği kamu ihale mevzuatına uyum sağlamayan düzenlemeler içermesi ve Avrupa Birliği kamu ihale sisteminin rekabetçi, eşit işlemin sağlanması, şeffaf ve objektif nitelikteki düzenlemeleri ve uygulamalarıyla uyum sağlamaması gibi nedenlerle kendi yasal düzenlemelerimizin Avrupa Birliği’nin yasal düzenlemeleri ile uyumlu hale getirilmesi bir zorunluluk hâline gelmiştir. Öte yandan Avrupa Birliği ile uyumlaşma süreci açısından kamu alımlarına yönelik etkin, şeffaf ve güvenilir bir kamu ihale sisteminin kurulması, kamu ihaleleri alanında uygulamayı yönlendirip denetimini sağlayacak bağımsız bir kurumun tesis edilmesi amacıyla geniş kapsamlı yeni bir ihale kanununa ihtiyaç duyulmuş<sup>47</sup> ve bunun üzerine

<sup>42</sup> RG. 28.04.1925, S. 901.

<sup>43</sup> RG. 10.06.1934, S. 2723.

<sup>44</sup> YILMAZ, Bekir Mustafa: Kamu Alımlarında İdari Denetim, Ankara 2007, s. 21.

<sup>45</sup> GÖNEN, Dinçer / IŞIK, Hikmet: Açıklamalı Devlet İhale Kanunu ve Yapım Sözleşmelerinin Uygulanması, Ankara 1993, s. 4.

<sup>46</sup> RG. 10.09.1983, S. 18161.

<sup>47</sup> KÖKTAŞ, Arif: Avrupa Birliğinde Kamu İhale Hukuku ve AB Politikaları Arasındaki İlişki, Ankara 2005, s.17-18; GÖNEN, Dinçer / IŞIK, Hikmet: “Kamu İhale Yasası ve İlgili Mevzuat, Ankara 2008, s. 31; Akdoğan, Muzaffer: Avrupa Birliği Kamu Alımları Direktifleri ve Türkiye Uygulamasına Yansımalarının İlerleme Raporları Işığında Değerlendirilmesi”, (İÜHFİM, C. LXXII, 2014, S. 2, s. 683-702), s. 692.

4734 sayılı Kamu İhale Kanunu<sup>48</sup> ve 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu<sup>49</sup> çıkarılmıştır<sup>50</sup>.

Böylelikle, Avrupa Birliği ve uluslararası ihale uygulamalarına ilişkin mevzuat uyumu sağlanmış ve Avrupa Birliği direktifleri ile UNCITRAL Kamu Alımları Model Kanunu<sup>51</sup> ilkeleri baz alınarak, şeffaflık ve rekabet adına reform niteliğinde olan, günümüzün değişen ve gelişen ihtiyaçlarına cevap veren bir Kanun yürürlüğe girmiştir<sup>52</sup>.

Ülkemizdeki kamu hukukuna tâbi olan veya kamunun denetimi altında bulunan ya da kamu kaynağı kullanan kamu kurum ve kuruluşlarının yapacakları ihalelerde uygulanacak Kamu İhale Kanunu, 14.06.1993 tarihli ve 93/37/EEC sayılı Konsey Direktifi esas alınarak hazırlanmıştır.

Zaman içinde birçok değişikliğe uğrayan Kamu İhale Kanunu<sup>53</sup> her ne kadar, 2004 tarihli Avrupa Birliği kamu alımları direktifleriyle kısmen

<sup>48</sup> RG. 22.01.2002, S. 24648.

<sup>49</sup> RG. 22.01.2002, S. 24648.

<sup>50</sup> 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu Genel Gereçesi. Ancak yapılan yeni düzenlemeyle birlikte 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu tamamıyla yürürlükten kaldırılmamış, sadece kamu giderini ilgilendiren kısımları yürürlükten kaldırılmış olup gelir getiren işlemler itibarıyla halen yürürlüktedir (bkz. KİK m. 68). Başka bir deyişle, Kamu İhale Kanunu, kendisinden önce yürürlükte bulunan 2886 sayılı Kanun'u yürürlükten kaldırmamış, sadece kendi uygulama alanında uygulanmaz hale getirmiştir. 2886 sayılı Kanun'un devlete gelir getirici özellikteki satış, kira ve trampa gibi işlemlerin yerine getirilmesinde kullanılmaya devam edilmesi sağlanmıştır. Bu şekilde kamunun alım ile satım faaliyetlerini düzenleyen mevzuat birbirinden ayrılmıştır (ODER, Burak, "Kamu İhale Hukuku" Gün Işığında Yönetim, (Der. İl Han Özay), İstanbul 2004, s. 563).

<sup>51</sup> Birleşmiş Milletler Uluslararası Ticaret Hukuku Komisyonu (UNCITRAL); üye devletler arasındaki ekonomik iş birliğini geliştirmek amacıyla mal, inşaat ve hizmetlerin tedariki hakkında 1993 ve 1994 yıllarında Model Kanun hazırlamıştır. Bu Model Kanunu hazırlarken UNCITRAL, devletlerin ulusal firmalarını korumak için devlet alım ve inşaat işlerinde yabancı firmalara kapıların kapatılması yoluyla uluslararası ticarete konulmuş olan önemli engelin kaldırılmasını amaçlamıştır (KÖKTAŞ, Arif / KARAOSMANOĞLU, Fatih / BİLGİÇ, Veysel K., Kamu İhaleleri ve Etik, Yolsuzluğun Önlenmesi İçin Etik Projesi Akademik Araştırma Çalışması, Ankara Ekim 2009, s. 2).

<sup>52</sup> <http://www.ab.gov.tr/index.php?p=195&l=1>; ERCAN, Fuat / OĞUZ, Şebnem, "Sınıfsal Bir İlişki ve Süreç Olarak Ölçek: Kamu İhale Yasası", (Praksis, 2006/15, s. 159-182), s. 170; KÖKTAŞ, s. 41-42; AKDOĞAN, Avrupa Birliği, s. 683.

<sup>53</sup> Kamu İhale Kanunu'nun getiriliş gerekçeleri hakkında bkz. İGDELER, Serdar, "Kamu İhale Kanunu, Yenilikler ve Eksiklikler", (Türk İdare Dergisi, S. 439, Y. 2003, s. 1-38).

uyumlu olsa da bu Kanun'un, günümüz Avrupa Birliği müktesebatıyla tam olarak uyumlu hale getirilmesi yerinde olacaktır<sup>54</sup>.

### C. İHALE DIŞI BIRAKILACAK İSTEKLİLER

Kamu ihtiyaçlarının karşılanmasında hizmetin her zaman en ucununun değil, en kalitelisinin de alınması amaçlanmıŐ ve bu amaca ulaŐılabilmesi için Kamu İhale Kanunu kapsamında bulunan ihalelere katılım için gerekli olan tüm Şartlar bu Kanun'un 10. maddesinde sayılmıştır.

Buna göre, isteklinin ihale Őartnamesinde belirtilen işi, koşullarına uygun olarak gerçekleŐtirip gerekleŐtirmeyeceęini belirlemek amacıyla ihaleden önce ihaleye katılmak veya ihaleden sonra ihale dışı bırakılmamak için teknik, ekonomik ve malİ yönden yeterli olması gerekir. Zira her bir ihale bakımından ayrıca aranan ve ihale belgelerinde açık bir Şekilde belirtilen yeterlik kriterleri, ihale konusu işin gerçekleŐtirilebileceęine ilişkin yeterli tecrübenin, teknik araçların ve malİ istikrarın olup olmadığının tespiti açısından Şarttır<sup>55</sup>. İstenen yeterlik kriterleri, isteklinin her yönden güvenilir olması açısından; "kişisel durumuyla", "ekonomik ve malİ durumuyla" ya da "mesleki ve teknik kapasitesiyle" ilgili olabilir<sup>56</sup>. Nitekim Kamu İhale Kanunu'nun "İhaleye katılımda yeterlik kuralları" başlıklı 10. maddesi, ihaleye katılıma ilişkin "*ekonomik ve malİ yeterlik*" ile "*mesleki ve teknik yeterlik*"lerin belirlenmesine ve değerlendirilmesine ilişkin ihale dokümanında yer verilecek hususları düzenlemiştir (KİK m. 10/1-2)<sup>57</sup>.

İhaleye katılacak isteklilerden, ekonomik ve malİ yeterliğin belirlenmesine ilişkin olarak bazı bilgi ve belgeler istenebilir (KİK m. 10/1-a). İŞi yapabilecek nitelikteki isteklilerin ihalelere katılımını sağlamak amacıyla, ekonomik ve malİ yeterlik ile mesleki ve teknik yeterliklerinin belirlenmesi için gerekli olan bilgi ve belgeler tek tek sayılmış, uluslararası ihale mevzuatına uygun olarak belirlenen bu belge ve bilgilerden hangilerinin

<sup>54</sup> AB Genişleme Politikasına İlişkin 2020 Bilgilendirmesi, 2020 Türkiye Raporu, s. 76. ([https://www.ab.gov.tr/siteimages/trkiye\\_raporustrateji\\_belgesi\\_2020/turkey\\_report\\_30.10.2020.pdf](https://www.ab.gov.tr/siteimages/trkiye_raporustrateji_belgesi_2020/turkey_report_30.10.2020.pdf)).

<sup>55</sup> ALYANAK, Servet, Avrupa Birliği Kamu İhalesi Hukuku, Ankara 2015, s. 160.

<sup>56</sup> ALYANAK, s. 161.

<sup>57</sup> ğretide, 10. maddede yer alan bu düzenlemenin, ihaleye katılmayacak olanları düzenleyen 11. veya yasak fiil ve davranışları tanımlayan 17. maddeden sonra ayrı bir maddede düzenlenmesinin Kanun'un sistematığı açısından daha yerinde olacağı ifade edilmiştir (CANBAZOğLU, Kerem, Türk Hukukunda İhalelere Katılma Yasası, İstanbul 2017, s. 100).

kullanılacağına, işin niteliğine göre belirlenerek ihale dokümanında ve ilân veya davet belgelerinde belirtilmesi gerekli görülmüştür.

Kanun'da sayılan bu belgelerden ilki *bankalardan temin edilecek isteklinin malî durumu ile ilgili belgelerdir* (KİK m. 10/1-a). Malî durumu göstermek üzere Türkiye'de veya yurt dışında faaliyet gösteren bankalardan temin edilecek yeterlik belgesi, ilk ilân veya davet tarihinden sonra düzenlenmiş olması zorunlu olan banka referans mektubudur (Mal Alımı İhaleleri Uygulama Yön. m. 32/1).

İsteklilerden istenen diğer bir belge; *isteklinin, ilgili mevzuatı uyarınca yayınlanması zorunlu olan bilançosu veya bilançosunun gerekli görülen bölümleri, yoksa bunlara eşdeğer belgeleridir*. Bilançonun veya eşdeğer belgelerin istenildiği ihalelerde, ihalenin yapıldığı yıldan önceki yıla ait yayınlanması zorunlu olan yıl sonu bilançosunun veya gerekli bölümlerinin ve bu belgelere eşdeğer belgelerin her ikisinin de idarece istenilmesi zorunludur (Mal Alımı İhaleleri Uygulama Yön. m. 33/1-a, b).

İsteklilerden 10. madde kapsamında istenen son belge ise, *isteklinin iş hacmini gösteren toplam cirosu veya ihale konusu iş ile ilgili taahhüdü altındaki ve bitirdiği iş miktarını gösteren belgelerdir*. İş hacmini gösteren belgelerin istenildiği ihalelerde; ihalenin yapıldığı yıldan önceki yıla ait toplam ciroyu gösteren gelir tablosunun ve mal satışları ile ilgili ciro tutarını gösteren belgenin her ikisinin de idarelerce istenilmesi zorunludur (Mal Alımı İhaleleri Uygulama Yön. m. 34/1-a, b).

Kamu İhale Kanunu'nun 10. maddesi kapsamında istenen belgelerden hangilerinin taahhütname olarak sunulabileceği Kamu İhale Kurumu tarafından belirlenir. Gerçeğe aykırı hususlar içeren taahhütname sunulması veya ihale üzerinde kalan istekli tarafından taahhüt altına alınan durumu tevsik eden belgelerin sözleşme imzalanmadan önce verilmemesi hâlinde, bu durumda olanlar ihale dışı bırakılarak geçici teminatları gelir kaydedilir (KİK m. 10/6). Bu durumun tekliflerin değerlendirmesi aşamasında tespit edilememesi sebebiyle ihale dışı bırakılması gereken istekli üzerine ihale yapılmışsa, geçici teminatı gelir kaydedilerek ihale iptal edilir. Elbette bu ağır yaptırımla karşılaşmamak adına, idare de ihalelere katılmaktan yasaklanma kararlarını ihale sürecinin her aşamasında kendiliğinden dikkate almalıdır. Eğer böyle bir durum tespit edilirse, ihale komisyonu kararı veya ihale yetkilisinin onayı iptal edilerek, usulüne uygun



olarak verilmiş diğer tekliflerin değerlendirmeye tâbi tutularak ihale sürecinin tamamlanması gerekir<sup>58</sup>.

Ülkemizde ihale makamına verilmek üzere, ihaleye katılacak olan gerçek ve tüzel kişilerden, yukarıda sayılan belgeler dışında ayrıca, hakkında iflâs kararı verilmediğini ve konkordato mühleti almadığını gösteren “iflâs konkordato belgesi” istenmektedir. Nitekim Kamu İhale Genel Tebliği<sup>59</sup>’nin 17.2.2 maddesinde; Kamu İhale Kanunu hükümleri çerçevesinde yapılan ihalelerde ihale üzerinde kalan isteklinin ihale tarihi itibarıyla Kanun’un 10. maddesinin (a) bendinde belirtilen durumda olmadığına ilişkin belgeyi sunması, saydamlık, eşitlik ve güvenilirlik ilkeleri gereği zorunlu olmakla birlikte, Türk Mevzuatı çerçevesinde belirlenen bu belgenin yerli istekliler tarafından temin edilebileceği, yabancı isteklilerin her birinin kendi ülkesindeki mevzuatının farklı olduğu düşünüldüğünde, yabancı isteklilerin uyruğunda buldukları veya ticarî faaliyetini sürdürdüğü şirket merkezinin kayıtlı olduğu ülke mevzuatı uyarınca bu ülkelerin adli ve idari makamlarından alacakları belgeler, Kamu İhale Kanunu’nun (a) bendinde ifade edilen belgenin kendi ülkeleri mevzuatında paralellik taşıyan belgeler niteliğinde olması hâlinde kabul edilebileceği düzenlenmiştir. İşbu belge, tacirler için ticaret sicil memurlukları, esnaf ve sanatkârlar için esnaf ve sanatkâr sicil müdürlüğü/memurluğu, serbest meslek sahipleri için ise üyesi olduğu oda tarafından düzenlenir (KİK Genel Tebliği m. 17.2.1)

Şayet yukarıdaki bilgi ve belgelerden biri veya birkaçı eksik olmasına ya da bu bilgi ve belgelerin içeriğinin ihaleye katılmaya yeterli olmasına rağmen, istekli ihaleye katılmışsa, ihale dışı bırakılır (KİK m. 10). İsteklinin ihale dışı bırakılmasından öte, ihale dışı bırakılan isteklinin belge eksikliğinin geçici teminatlar üzerindeki etkisini, ihalenin teklif ve sözleşme yapma aşamalarına göre ayrıca ele almak gerekir.

İhalenin teklif aşamasında, kanunen istenen belgelerin ihaleyi yapan idareye ibraz edilmemesi veya ibraz edilen belgeler üzerinde yapılan incelemede, belgelerin taahhüt edilen duruma aykırı hususlar içerdiği anlaşılırsa, sonradan ihalenin iptal edilip edilmediğine bakılmaksızın, bu

<sup>58</sup> Danıştay 13. D., 04.06.2014, 2009/3127, 2014/2311, (Danıştay Dergisi Y. 2014, S. 137, s. 287-294), s. 291.

<sup>59</sup> RG. 22.08.2009, S. 27327.

durumda olan istekliler ihale dışı bırakılarak ve haklarında ihalelere katılmaktan yasaklama kararı verilmeden sadece geçici teminatları gelir kaydedilir.

İhale üzerinde kalan isteklinin, davete rağmen sözleşme yapmaması veya sözleşme yapmakla birlikte usulüne göre sözleşme yapmaması, kesin teminat vermemesi, taahhüt edilen belgeleri ibraz etmemesi veya belgelerin taahhüt edilen duruma aykırılıklar içerdiğinin anlaşılması hâllerinde, geçici teminatlar gelir kaydedilir<sup>60</sup>. İhale üzerinde kalmasına rağmen, süresi içinde sözleşme imzalamaya gelmeyenlerin geçici teminatının 44. maddeye göre gelir kaydedilmesine ek olarak, Kanunun 58. maddesindeki “mücbir sebep halleri dışında usulüne göre sözleşme yapmayanlar hakkında ... ihalelerine katılmaktan yasaklama kararı verilir” hükmü gereğince kamu ihalelerinden yasaklanır.

Kamu İhale Kanunu’nun “ihaleye katılımında yeterlik kuralları” başlıklı 10. maddesinde; ihaleye katılacak isteklilerden, ekonomik ve malî yeterlik ile mesleki ve teknik yeterliklerinin belirlenmesine ilişkin olarak istenebilecek bilgi ve belgeler belirtilmekle birlikte aynı maddenin devamında, belli durumdaki isteklilerin de ihale dışı bırakılacağı ayrıca hükme bağlanmıştır<sup>61</sup>.

Avrupa Birliği’nin 2004/17/EC, 2004/18/EC ve 2009/81/EC sayılı direktifleri ile hâlen yürürlükte olan 2014/24/EC sayılı direktiflerinde ihale dışı bırakılma konusunda ayrıntılı düzenlemelere yer verilmiştir. İşte bu direktiflerdeki düzenlemeler temel alınarak, ihale dışı bırakılacak olan istekliler, Kamu İhale Kanunu’na da alınmıştır. Ancak Dünya Bankası tarafından getirilmiş olan modeli geliştiren ve Avrupa Birliği Direktifleri temel alınarak oluşturulmuş Kamu İhale Kanunu’nun yürürlüğe girdiği tarihte, 14.06.1993 tarihli ve 93/37/EEC sayılı Konsey Direktifi mevcuttu. Nitekim 93/37/EEC (yapım) sayılı bu direktifin ikinci bölümünün “Niteliksel Seçim Kriterleri” başlıklı 24. maddesinde hangi isteklilerin ihale dışı bırakılabileceği hüküm altına alınmıştır<sup>62</sup>.

<sup>60</sup> GERÇEK, Adnan, Türk Mali Hukukunda Teminat Kurumu, Ankara 2013, s. 235.

<sup>61</sup> Öğretide aynı maddede hem yeterliklere hem de ihale dışı bırakılma sebeplerine yer verilmesi, Kanun’un sistematığına aykırı olarak değerlendirilmiş, bu sebeple Kanun’da ihale dışı bırakılma sebeplerine ayrı bir madde başlığı altında yer verilmesinin isabetli olacağı ifade edilmiştir (ŞENYÜZ, s. 511).

<sup>62</sup> <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A31993L0037>

Türk hukukunda ise Kamu İhale Kanunu'nun 10. maddesinin dördüncü fıkrasında, "Mal Alımı İhaleleri Uygulama Yönetmeliği"<sup>63</sup>nin "İhale dışı bırakılma" başlıklı 50. maddesinin birinci fıkrasında, "Hizmet Alımı İhaleleri Uygulama Yönetmeliği"<sup>64</sup>nin "İhale dışı bırakılma" başlıklı 51. maddesinin birinci fıkrasında ve "Yapım İşleri İhaleleri Uygulama Yönetmeliği"<sup>65</sup>nin "İhale Dışı Bırakılma" başlıklı 52. maddesinin birinci fıkrasında tahdidi olarak sayılan durumlardaki isteklilerin ihale dışı bırakılacağı hüküm altına alınmıştır<sup>66</sup>. İşte, sayılan sebeplerden birinin varlığı hâlinde, isteklinin ihale dışı bırakılması yaptırımına tâbi tutulması zorunlu olup bu hususta idareye bir takdir hakkı tanınmamıştır.

İhale konusu işi yapmasında sakınca görülen bu isteklilerin kişisel cezai mahkûmiyetlerinin bulunması, mesleki teknik kapasite ile ekonomik ve malî yeterlik kriterlerini karşılamaması, ihale dışı bırakılma sebepleri olarak sayılmıştır. Nitekim özellikle isteklinin malî yönden kötü durumda olduğunun kabul edildiği veya dürüstlük bakımından istekliye güvenilemeyeceğinin anlaşıldığı hâllerde istekli ihale dışı bırakılır<sup>67</sup>. Bu sebeple iflâs eden, tasfiye hâlinde olan, işleri mahkeme tarafından yürütülen, konkordato ilân eden, işlerini askıya alan veya kendi ülkesindeki mevzuat hükümlerine göre benzer bir durumda olan isteklilerin ihale dışı bırakılacağı hüküm altına alınmıştır (KİK m. 10/4-a).

İhale isteklisi, Kanun'da sayılan emredici hükümlere aykırı davranır veya kanunen gereken şartları taşımazsa, ihaleyi yapan idare tarafından sadece katılmak istediği ihaleye özgü olmak üzere ihale dışı bırakılır. İhale dışı bırakılma sebeplerinden herhangi birinin varlığı, esasen isteklinin ihaleye katılma şartlarını sağlayamamış olduğu anlamına gelir.

İdarî bir işlem olan ihale dışı bırakılma kararı ile gerek istekli gerek kamu düzeni açısından bazı hukukî sonuçlar ortaya çıkar. Bu bağlamda, Kanun'un 10. maddesinin dördüncü fıkrasının (a) bendinde sayılan istekliler özelinde, malî ve finansal yönden yeterli görülmeyen, ödeme güç-

<sup>63</sup> RG. 04.03.2009, S. 27159 Mükerrer.

<sup>64</sup> RG. 04.03.2009, S. 27159 Mükerrer.

<sup>65</sup> RG. 04.03.2009, S. 27159 Mükerrer.

<sup>66</sup> 661 sayılı Müzayede, Münakasa ve İhale Kanunu'nda ihaleye katılamayacak olanlar ile ilgili herhangi bir düzenleme bulunmazken, 2490 sayılı Artırma, Eksiltme ve İhale Kanunu'nun 4. maddesi ile 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu'nun 6. maddesinde doğrudan veya dolaylı olarak ihalelere katılamayacak olanlar sayılmıştır.

<sup>67</sup> DEMİREL, Salim / ARAPGİRLİ, Murat, İhale Yargı Kararları, Ankara 2013, s. 900.

lûğü içinde olan ve faaliyetlerinin devamlılığı noktasında bir istikrarı bulunmayan isteklinin, katılmak istediği ihale özelinde idareyle iş yapabileme imkânı elinden alınmak istenmiştir<sup>68</sup>.

İhaleyi yapan idareler, ihale süreci (İhalelere Yönelik Başvurular Hakkında Yön. m. 3/1-a) içerisinde herhangi bir aşamada ihale dışı bırakılmasını gerektiren nedenlerin varlığı hâlinde istekliyi ihale dışı bırakabilir veya kendisinden bu talep edilebilir.

Ancak buradaki bir diğer mesele, ihale dışı bırakılma hâllerinden birinin varlığının, ortaya çıktığı aşamaya göre izlenecek usulün ne olacağıdır. Nitekim isteklinin ihale dışı bırakılmasını gerektiren sebebin varlığı, ihaleye katılımın başlamasından sözleşmenin imzalanmasına kadar olan süreçte tespit edilmiş olabileceği gibi ihale yapıldıktan ve istekliyle sözleşme imzalandıktan sonra da tespit edilmiş olabilir.

İhaleye katılımın başlamasından, sözleşmenin imzalanmasına kadar olan süreçte, haklarında ihale dışı bırakılma sebeplerinden biri bulunan isteklinin ihaleye katılarak teklif vermiş olduğunun tespiti hâlinde, bu kişiler idarece resen ihale dışı bırakılarak teminatları gelir kaydedilir<sup>69</sup>.

İhale sürecinde gerek idare tarafından kendiliğinden gerek idarî başvurular neticesinde denetimi sağlanamayarak kendisi ile sözleşme imzalanan istekliden, aslında ihale dışı bırakılmasını gerektiren bir durumun varlığı (KİK m. 10/4), ihale yapıldıktan ve kendisiyle sözleşme imzalandıktan sonra tespit edilirse, sözleşmenin feshedilerek kesin teminatın ve varsa ek kesin teminatın gelir kaydedilmesi gerekir<sup>70</sup>. Böyle bir ihtimalde diğer istekli, sözleşme imzalayan isteklinin ihale dışı bırakılması gerekirken haksız yere sözleşme imzaladığından bahisle, ihaleyi yapan idareye şikâyet başvurusunda bulunabilir. İdare tarafından bu başvurunun reddedilmesi veya yasal süresi içinde cevap verilmemesi hâlinde, Kamu İhale Kurumu'na itirazın şikâyet başvurusunda da bulunulduktan sonra verilecek olumsuz cevap üzerine idare mahkemesinde dava açılabilir (KİK m. 55; 56; 57). Şayet, diğer isteklinin başvurduğu şikâyet ve itirazın şikâyet başvuruları kabul edilmişse, idarî işlemin geri alınması ve bunun

<sup>68</sup> TEPE, Kemal, "Kamu İhale Kanunu'na Göre İhale Dışı Bırakılma ve İhalelere Katılmayacak Olanlar", (Belediye Dünyası, 3(12), Aralık 2002, s. 25-27), s. 25; CANBAZOĞLU, s. 35.

<sup>69</sup> UZ, s. 270.

<sup>70</sup> UZ, s. 271.

üzerine idarece yeni bir işlem tesis edilmesi gerekir<sup>71</sup>. Nitekim hukuka aykırı işlemlerin ortadan kaldırılması amacıyla, idarî işlemin geri alınması neticesinde ihale hiç yapılmamış sayılır<sup>72</sup>. Dolayısıyla idarî işlemin geri alınması, bu bağlamda iptal davası sonucu verilen iptal kararına benzer<sup>73</sup>.

Kamu ihale sözleşmesi imzalandıktan sonra yüklenicinin konkordato sürecine girmesinin mevcut sözleşmeye etkisi, ne 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nda ne de 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'nda düzenlenmiştir. Nitekim 4735 sayılı Kanun'un 17. maddesinde; yüklenicinin ölümünün, iflâsının, ağır hastalığının, tutukluluğunun veya mahkûmiyetinin kamu ihale sözleşmesine etkisi hüküm altına alınmıştır.

4735 sayılı Kanun'un 17. maddesinde iflâsa ilişkin bir düzenleme yapılmış olmasına rağmen konkordatoya ilişkin bir düzenleme bulunmadığından ve söz konusu hâller tahdidi olarak sayıldığından, maddedeki iflâsa ilişkin hükümlerin "konkordato hâli" için uygulanamayacağı, kanaatimizce de isabetli olarak öğretilmiş kabul edilmektedir<sup>74</sup>. Nitekim bu durum, "Expressio unius est exclusio alterius (bir şeyi zikretmek, diğerini dışlamaktır)" kuralı ile de açıklanabilir<sup>75</sup>. Elbette kanun koyucu "konkordato hâli"ni aynı hükme bağlamak isteseydi, bu durumu ilgili hükümde ayrıca ve açıkça zikrederdi<sup>76</sup>.

Başka bir deyişle, yüklenicinin iflâs etmesi hâlinde, sözleşme feshe-dilerek yasaklama hariç, hakkında 20. ve 22. maddelere göre işlem yapılacağına ilişkin düzenleme, konkordato hâli için uygulanamaz. Nitekim sözleşmenin karşı tarafının konkordato projesinden etkilenip etkilenmediğine bakılmaksızın, borçlunun taraf olduğu ve işletmesinin faaliyetinin devamı için önem arz eden sözleşmelerin devamı esastır (İİK m. 296/1, c. 1). Bu sebeple sözleşme imzalandıktan sonra yüklenicinin konkordato sürecine girmesi ve hakkında mühlet kararı verilmesi hâlinde sözleşme fes-

<sup>71</sup> CANBAZOĞLU, s. 135.

<sup>72</sup> TAN, Turgut, İdari İşlemin Geri Alınması, İstanbul 2020, s. 5; ÇAĞLAYAN, Ramazan, "İdari İşlemin Geri Alınması Üzerine", (AÜEHFD, C. 4, S. 1-2, Y. 2000, s. 43-58), s. 43.

<sup>73</sup> ÇAĞLAYAN, s. 43.

<sup>74</sup> CAN, Ozan, "Konkordatonun 4734 Sayılı Kamu İhale Kanunu Kapsamındaki İhalelere Etkisi", (THD, Y. 2019, C. 14, S. 157, s. 1798-1802), s. 1801.

<sup>75</sup> GÖZLER, Kemal, Yorum İlkeleri, (<https://www.anayasa.gen.tr/yorum-ilkeleri-kitap-tan.pdf>, s. 15-119), s. 67-68.

<sup>76</sup> GÖZLER, s. 67-68.

hedilemez. Kamu ihale sözleşmelerinde yer alıp da yüklenicinin konkordato talebinde bulunmasının sözleşmeye aykırılık teşkil edeceğine veya haklı fesih sebebi sayılacağına ilişkin hükümler, yüklenicinin konkordato yoluna başvurması durumunda uygulanmaz (bkz. İİK m. 296/1, c. 2). Ancak borçlu, tarafı olduğu ve konkordatonun amacına ulaşmasını engelleyen aşırı külfetli sürekli borç ilişkilerini, komiserin uygun görüşü ve mahkemenin izniyle herhangi bir zamanda sona erecek şekilde feshedebileceğinden (İİK m. 296/2, c. 1), eğer yüklenicinin imzaladığı kamu ihale sözleşmesi kendisine yük getirecekse, yüklenici söz konusu sözleşmeyi komiserin uygun görüşü ve mahkemenin izniyle pekâlâ feshedebilir<sup>77</sup>. Bununla birlikte, sözleşmenin feshine ilişkin 4735 sayılı Kanun'da "Yüklenicinin sözleşmeyi feshetmesi" başlıklı özel bir düzenleme mevcuttur. Buna göre; sözleşme yapıldıktan sonra mücbir sebep hâlleri dışında yüklenicinin mali acz içinde bulunması nedeniyle taahhüdünü yerine getiremeyeceğini gerekçeleri ile birlikte yazılı olarak bildirmesi hâlinde, ayrıca protesto çekmeye gerek kalmaksızın kesin teminat ve varsa ek kesin teminatlar gelir kaydedilir ve sözleşme feshedilerek hesabı genel hükümlere göre tasfiye edilir (4735 s. K. m. 19). Bu çerçevede ödenmesi gereken tazminat, konkordato projesine tâbi olur (İİK m. 296/2, c. 2).

#### **D. KAMU İHALE KANUNU'NDA YER ALAN "KONKORDATO İLAN EDEN" KAVRAMININ KULLANILDIĞI YASAL DÜZENLEMELER VE YARGI KARARLARI**

Kamu İhale Kanunu'nun 10. maddesinin dördüncü fıkrasının (a) bendinde "konkordato ilan eden" isteklinin ihale dışı bırakılacağı düzenlenmiştir<sup>78</sup>. Nitekim Kanun'daki bu mevcut düzenleme, kaynağını o dönem yürürlükte bulunan ve Kamu İhale Kanunu'nun hazırlanmasına temel teşkil eden 14.06.1993 tarihli ve 93/37/EEC sayılı Konsey Direktifi'nden almıştır.

Kamu İhale Kanunu'nun ilgili maddesinin gerekçesinde; Avrupa Birliği mevzuatına uygun olarak, isteklilerin yeterlik değerlendirmesi aşamasında ihale dışı bırakılabileceği hâllerin belirlendiği ifade edilmiş

<sup>77</sup> HUNKELER, Art 297a, N. 18; ALBAYRAK, Konkordato, s. 360; KARTAL, Bünyamin, Konkordato Mühleti Verilmesinin Sürekli Borç İlişkilerine Etkisi, Ankara 2022, s. 194, 206.

<sup>78</sup> 661 sayılı Müzayede, Münakasa ve İhale Kanunu'nda, 2490 sayılı "Artırma, Eksiltme ve İhale Kanunu'nda ve 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu'nda ihaleye katılmada yeterlik şartları açısından konkordatoya ilişkin herhangi bir düzenleme yapılmamıştır.

olup bu bağlamda; Kamu İhale Kanunu'nun yürürlüğe girdiği tarihte geçerli olan 93/37/EEC sayılı Konsey Direktifi'nin, ihale dışı bırakılma durumlarını düzenleyen "Niteliksel Seçim Kriterleri" başlıklı 24. maddesinin birinci fıkrasının (a) bendinde, Kamu İhale Kanunu'nun 10. maddesinin dördüncü fıkrasının (a) bendinde geçen "konkordato ilan eden" kavramına karşılık olarak "*Any contractor may be excluded from participation in the contract who has into an arrangement with creditors*" (alacaklılarla anlaşmaya giren herhangi bir istekli ihale dışı bırakılabilir) ibaresine yer verildiği görülmektedir.

2004/17/EC sayılı direktifin "Prosedürler" başlıklı 40. maddesinin üçüncü fıkrasının (k) bendinde<sup>79</sup> "*... an arrangement with creditors*", 2004/18/EC sayılı direktifin "Adayın veya isteklinin kişisel durumu" başlıklı 45. maddesinin ikinci fıkrasının (b) bendinde<sup>80</sup> "*... that the economic operator where he has entered into an arrangement with creditors*", 2009/81/EC sayılı direktifin "Adayın veya isteklinin kişisel durumu" başlıklı 39. maddesinin ikinci fıkrasının (a) bendinde<sup>81</sup> "*... it has entered into an arrangement with creditors*" ve 2014/24/EC sayılı direktifin "İhale dışı bırakma sebepleri" başlıklı 57. maddesinin dördüncü fıkrasının (b) bendinde<sup>82</sup> ise "*... it is in an arrangement with creditors*" şeklinde yer alan ve Türkçe tercümesi ile genel anlamda "alacaklılarla bir anlaşma içinde olan" isteklilerin ihale dışı bırakılabileceği düzenlenmiştir.

Nihayetinde, Kamu İhale Kanunu'nun kaynağını oluşturan 93/37/EEC sayılı Konsey Direktifi'nin 24. maddesinin birinci fıkrasının (a) bendinde "*who has into an arrangement with creditors*" ifadesi, Kamu İhale Kanunu'nun 10. maddesine "konkordato ilan eden" şeklinde alınmıştır. Dikkat edilecek olursa, gerek kaynak direktifin gerek diğer direktiflerin orijinal metinlerinde yer alan ifadeler, Kamu İhale Kanunu'ndaki "konkordato ilan eden" kavramını karşılamamaktadır. Bu sebeple, konkordato sürecindeki kişilerin kamu ihalelerine katılıp katılamayacağı, Kanun'daki "konkordato ilan eden istekli" kavramından ne anlaşılması ve bu kavramın nasıl yorumlanması gerektiği meselesi, kanun koyucunun

<sup>79</sup> <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/en/ALL/?uri=celex%3A32004L0017>

<sup>80</sup> <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=celex%3A32004L0018>

<sup>81</sup> <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A32009L0081>

<sup>82</sup> <https://eur-lex.europa.eu/eli/dir/2014/24/oj>

ilgili maddede getirdiği “yasaklayıcı kuralı” ayrıca ve açıkça ortaya koymamış olması sebebiyle, kamu ihalelerinde büyük bir sorun olarak karşımıza çıkmaktadır.

Ancak direktiflerin ilgili maddelerinin orijinal metinlerinde kullanılan daha genel bir anlama gelen “alacaklılarla anlaşmaya giren” kavramının Türk hukuk sistemi içinde tam olarak bir karşılığı bulunmamakla birlikte bu kavram, “konkordato ilan eden” kavramı ile de aynı anlama gelmemektedir. Zira icra ve iflâs hukukunda alacaklılarla anlaşma, konkordato haricinde, Kamu İhale Kanunu’nun yürürlüğe girdiği tarihten sonra İcra ve İflâs Kanunu’muza giren “sermaye şirketleri ile kooperatiflerin uzlaşma yoluyla yeniden yapılandırılması” yolu (İİK m. 309/m-309/ü) ile mümkündür<sup>83</sup>. O hâlde, direktiflerdeki orijinal ifadenin, Kamu İhale Kanunu’ndaki ifadeyi tam anlamıyla karşılamadığı açıktır.

Bu başlık altında öncelikle, Türk hukukunda konkordatoya ilişkin hükümlerin düzenlendiği İcra ve İflâs Kanunu’nda, “konkordato ilan eden” kavramına yer verilip verilmediği hususu üzerinde durulacaktır.

7101 sayılı Kanun ile değişik 2004 sayılı İcra ve İflâs Kanunu’nda konkordatonun bir türü olan adi (iflâstan önce) konkordato; konkordato talebinin yapılması (İİK m. 285), geçici ve duruma göre kesin konkordato mühleti verilmesi (İİK m. 287; 289), alacaklılar toplantısı yapılması (İİK m. 302), alacaklıların konkordatoyu kabul konusunda gerekli çoğunluğu sağlamaları (İİK m. 302) ve nihayet asliye ticaret mahkemesince konkordatonun tasdiki (İİK m. 305) ve konkordatonun feshi (İİK m. 308/e; 308/f) aşamalarından oluşmaktadır.

Konkordato süreci içerisinde, bu aşamalara bağlı olarak ilan yapılacak hâller ise İcra ve İflâs Kanunu’nda açıkça düzenlenmiştir. Buna göre; “geçici mühlet verilmesine, geçici mühletin uzatılmasına ve geçici mühletin kaldırılarak konkordato talebinin reddine ilişkin kararlar” (İİK m. 288); “kesin mühlet verilmesine, kesin mühletin uzatılmasına ve kesin mühletin kaldırılarak konkordato talebinin reddine ilişkin kararlar” (İİK m. 289/6); “kesin mühletin kaldırılarak konkordato talebinin reddine ilişkin karar” (İİK m. 291/1); “konkordatonun tasdiki (İİK m. 306/3) veya konkordato talebinin reddi (İİK m. 308) ya da konkordatonun tamamen feshi kararının kesinleşmesi kararı (İİK m. 308/f-2)” ilan edilir. Nitekim yapılan bu ilanlar borçlu tarafından değil, konkordato sürecinde görevli olan aslı

<sup>83</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz. TAŞPINAR AYVAZ, s. 217 vd.



organlardan ya konkordato komiseri ya da asliye ticaret mahkemesi tarafından yapılmaktadır.

Kamu İhale Kanunu'nda yer alan "konkordato ilan eden" kavramı 7101 sayılı Kanun'la yapılan değişiklik sonrası, İcra ve İflâs Kanunu'nda konkordatoya ilişkin hükümler (İİK m. 285-309/1) arasında bulunmamaktadır. Ancak bu kavramın doğrudan İcra ve İflâs Kanunu'ndan alınıp alınmadığının tespit edilebilmesi için bu kavramın, şu an değilse de Kamu İhale Kanunu'nun yürürlüğe girdiği tarihteki İcra ve İflas Kanunu'nda yer alan konkordatoya ilişkin hükümlerde bulunup bulunmadığı incelenmelidir. Nitekim Kamu İhale Kanunu'nun yürürlüğe girdiği 22.01.2002 tarih itibariyle, İcra ve İflâs Kanunu'ndaki konkordatoya ilişkin hükümler (İİK m. 285 vd.) incelendiğinde, o dönemde dahi "konkordato ilan eden" kavramına rastlanılmadığından, söz konusu kavramın İcra ve İflâs Kanunu'ndan alınmadığı açıktır.

"Konkordato ilan eden" kavramı, her ne kadar konkordato kurumunun düzenlendiği İcra ve İflâs Kanunu'nda bulunmasa da 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu<sup>84</sup>'nin "Fesih ve cayma" başlıklı 1413. maddesinde "konkordato ilan etme" kavramı kullanılmaktadır. Bu maddenin birinci fıkrasına göre; sigortacının, *konkordato ilan etmesi*, ilgili sigorta dalına ilişkin ruhsatının iptal edilmesi veya sözleşme yapma yetkisinin kaldırılması gibi hâllerde; sigorta ettiren, bu olguları öğrendiği tarihten itibaren bir ay içinde sigorta sözleşmesini feshedebilir. Yine aynı maddenin ikinci fıkrasına göre ise; primlerin tamamını ödemişken sigorta ettiren *konkordato ilan etmişse*, sigortacı, bunu öğrendiği tarihten itibaren, bir aylık bildirim süresine uyarak, sigorta sözleşmesini feshedebilir. Madde gerekçesinde ise güven ilişkisinin ortadan kalkmasının borç ihlâllerine veya öngörülemeyen ifa güçlüklerine dayanabileceği, özellikle Sigorta Murakabe Kanunu'<sup>85</sup>na göre malî bünye zafiyeti içinde olan veya sigortalıların hak ve menfaatlerini yeteri derecede koruyamadıkları için ruhsatları iptal edilen veya sözleşme yapma yetkileri kaldırılan ya da *konkordato ilan eden* şirketlerin bu durumlarının sigorta ettirenler bakımından haklı fesih nedeni sayılacağı ifade edilmiştir<sup>86</sup>.

<sup>84</sup> RG. 14.02.2011, S. 27846.

<sup>85</sup> 7397 sayılı Sigorta Murakabe Kanunu, 5684 sayılı Sigortacılık Kanunu m. 45 ile 14.06.2007 tarihinde yürürlükten kaldırılmıştır.

<sup>86</sup> 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 1413. maddesine tam olarak karşılık gelmesinde, mülga 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun "Sigortacının aczi" başlıklı 1457. maddesinde ise "konkordato ilan etmiş olma" kavramına yer verilmemiştir.

Kamu İhale Kanunu döneminde yürürlükte olan mülga 4389 sayılı Bankalar Kanunu'nun gerek "Bankaların kuruluşları ve faaliyete geçme esasları" başlıklı 7. maddesinin ikinci fıkrasında gerek "Bankacılık işlemleri yapma ve mevduat kabul etme izninin kaldırılmasının sonuçları başlıklı" 16. maddesinin yedinci fıkrasında "*konkordato ilan etme*" ifadesine açıkça yer verilmiştir.

Öte yandan 5411 sayılı Bankacılık Kanunu<sup>87</sup>'nin "Kurucularda aranan şartlar" başlıklı 8. maddesinin birinci fıkrasının (a) bendine göre, "Bankaların kurucu ortaklarının; 2004 sayılı İcra ve İflâs Kanunu hükümlerine göre müflis olmaması, *konkordato ilân etmiş olmaması*, uzlaşma suretiyle yeniden yapılandırma başvurusunun tasdik edilmiş olmaması ya da hakkında iflâsın ertelenmesi kararı verilmiş olmaması şarttır." hükmü ile yine aynı Kanun'un "Faaliyet izninin iptali veya sınırlandırılması" başlıklı 12. maddesinin üçüncü fıkrası uyarınca, Türkiye'de şubesi bulunan yurt dışında kurulu bankaların, kurulu buldukları ülkede herhangi bir nedenle faaliyet izninin kaldırılması, faaliyetlerinin durdurulması, iflâs veya tasfiyelerine karar verilmesi veya *konkordato ilân etmeleri* hâlinde, bunların Türkiye'deki şubelerinin faaliyet izinlerinin Kurul tarafından kaldırılacağı düzenlenmiştir.

6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu<sup>88</sup>'nin "Kuruculara ilişkin şartlar" başlıklı 44. maddesine göre; aracı kurumların kurucu ortaklarının; müflis olmaması, *konkordato ilan etmiş olmaması* ya da kurucu ortaklar hakkında iflâsın ertelenmesi kararı verilmemiş olması gerekir<sup>89</sup>.

6361 sayılı Finansal Kiralama, Faktoring, Finansman ve Tasarruf Finansman Şirketleri Kanunu<sup>90</sup>'nin "Kurucularda aranan şartlar" başlıklı 6. maddesinde, şirket kurucu ortaklarının; 9/6/1932 tarihli ve 2004 sayılı İcra ve İflâs Kanunu veya diğer mevzuat hükümlerine göre müflis olmaması, *konkordato ilan etmiş olmaması*, uzlaşma suretiyle yeniden yapılan-

<sup>87</sup> RG. 01.11.2005, S. 25983.

<sup>88</sup> RG. 30.12.2012, S. 28513.

<sup>89</sup> Mülga 2499 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu'nda ise "konkordato ilan etme" kavramına yer verilmemiştir.

<sup>90</sup> RG. 13.12.2012, S. 28496.

dırma başvurusunun tasdik edilmiş olmaması ya da şirket kurucu ortakları hakkında iflâsın ertelenmesi kararı verilmemiş olması gerektiği belirtilmiştir<sup>91</sup>.

5684 sayılı Sigortacılık Kanunu<sup>92</sup>'nin "Sigorta şirketlerinin ve reasürans şirketlerinin kuruluşu" başlıklı 3. maddesinin ikinci fıkrasında, anonim şirket şeklinde kurulacak sigorta şirketleri ve reasürans şirketlerinin kurucularının; müflis veya **konkordato ilan etmiş olmaması** şart koşulmuştur<sup>93</sup>. Öte yandan Kamu İhale Kanunu'nun yürürlüğe girdiği tarihte yürürlükte bulunan mülga 7397 sayılı Sigorta Murakabe Kanunu'nun "Kuruluş ve faaliyet izni" başlıklı 2. maddesi ile "Diğer Sigorta ve Reasürans Araçları" başlıklı 37. maddesinde "konkordato ilan eden" kavramına rastlanılmaktadır.

5738 sayılı Spor Müsabakalarına Dayalı Sabit İhtimalli ve Müşterek Bahis Oyunlarının Özel Hukuk Tüzel Kişilerine Yaptırılması Hakkında Kanun<sup>94</sup>'un "İhaleye katılmayacak olanlar" başlıklı 8. maddesinde ise Kamu İhale Kanunu'nun 10. maddesinden esinlenerek, iflâs eden, tasfiye hâlinde olan, işleri mahkeme tarafından yürütülen, **konkordato ilan eden**, işlerini askıya alan veya kendi ülkesindeki mevzuat hükümlerine göre benzer bir durumda olan tüzel kişilerin doğrudan veya dolaylı olarak, kendileri veya başkaları adına hiçbir şekilde ihalelere katılmayacakları hüküm altına alınmıştır.

Ücret Garanti Fonu Yönetmeliği<sup>95</sup>'nin "Tanımlar" başlıklı 4. maddesinin (a) ve (e) bentlerinde, "Başvuru" başlıklı 8. maddesinin (ç) bendinde ve "Ödemelerin Bildirilmesi" başlıklı 10. maddesinde "**konkordato ilan etme**" kavramına yer verildiği görülmektedir. Ne var ki, söz konusu Yönetmelikte 2021 tarihinde yapılan değişiklikle<sup>96</sup>, 4. maddenin (d) bendinde "ödeme güçlüğüne düşme tarihi" tanımlanırken, diğer maddelerden farklı olarak "konkordato ilan etme" kavramı gibi, yine İcra ve İflâs

<sup>91</sup> Mülga 3226 sayılı Finansal Kiralama Kanunu'nda ise "konkordato ilan etme" kavramına yer verilmemiştir.

<sup>92</sup> RG. 14.06.2007, S. 26552.

<sup>93</sup> Mülga 7397 sayılı Sigorta Murakabe Kanunu'nun 2. maddesi ile 37. maddesinde "konkordato ilan etme" kavramına yer verilmiştir.

<sup>94</sup> RG. 27.02.2008, S. 26800.

<sup>95</sup> RG. 28.06.2009, S. 27272.

<sup>96</sup> RG. 30.09.2021, S. 31614.

Kanunu'nda karşılığı bulunmayan "konkordato kararının verildiği tarih" kavramı kullanılmıştır.

Yukarıda işaret edilen yasal düzenlemelerden başka diğer kanunlarda da "konkordato ilan etme" kavramının kullanıldığı görülmektedir<sup>97</sup>. Öte yandan bu yasal düzenlemeler haricinde bölge adliye mahkemeleri ve Yargıtay da konkordato hukukuna ilişkin birçok kararında "konkordato ilan etme" kavramını kullanmayı tercih etmektedir<sup>98</sup>.

### E. KONKORDATONUN KAMU İHALELERİNE ETKİSİ

"Konkordato ilan etme", belli bir kişiye ve zamana bağlı olarak kişisel bir hukukî durumu ifade eden, esasen kişinin içinde bulunduğu ve hâlen etkisini sürdüren bir statüdür. İşte konkordato süreci içinde olan borçlu bu statüde bulunmakta ve bu statüsü devam etmektedir. Elbette buradaki asıl mesele, Kanun'da yer alan "konkordato ilan eden" kavramının belirsiz olması sebebiyle, borçlunun konkordato sürecinin hangi aşamasında ihale dışı bırakılacağına tespit edilmesidir. Nitekim konkordato süreci içinde olan istekli aciz hâlinde olduğundan, isteklinin ekonomik ve malî kapasitesi ihaleye katılmaya yeterli değildir. Zira konkordato mühleti öncesine ait borçları bulunan isteklinin malî durumu, ihalenin yapım süreci açısından yetersiz olduğundan, sırf bu sebeple ihale dışı bırakılması gerekir<sup>99</sup>.

Bu başlık altında, konkordato süreci içinde bulunan ve bu statü içinde bulunan isteklinin konkordato sürecindeki her bir aşamaya göre kamu ihalelerine katılıp katılamayacağını, Kamu İhale Kanunu'nda geçen "konkordato ilan eden" kavramının hukukî çerçevesi ile isteklinin malî ve ekonomik durumunu göz önünde bulundurarak ihtimaller dâhilinde inceleyeceğiz.

Ancak öncelikle belirtmeliyiz ki mesele, sadece iflâstan önceki (adi) konkordato süreci açısından ele alınacaktır. Zira iflâstan sonraki (iflâs içi)

<sup>97</sup> Bkz. 4904 sayılı Türkiye İş Kurumu Kanunu m. 17; 4632 sayılı Bireysel Emeklilik Tasarruf ve Yatırım Sistemi Kanunu m. 8; 4447 sayılı Kanun ek madde 1.

<sup>98</sup> Bkz. Y. 19. CD, 15.06.2020, 2053/6650; Y. 19. CD, 10.06.2019, 23974/9339; Bursa BAM 3. HD, 27.12.2019, 4948/3689; İzmir BAM 17. HD, 389/556; İstanbul BAM 14. HD, 24.01.2019, 18/97; Gaziantep BAM 12. CD, 22.02.2019, 424/282; İstanbul BAM 17. HD, 22.11.2018, 2281/1968; İstanbul BAM 17. HD, 09.07.2020, 1324/1522; Ankara BAM 23. HD, 10.03.2021, 53/387 (www.e-uyar.com).

<sup>99</sup> CAN, Konkordato, s. 1800.

konkordatoyu sadece iflâsına hükmedilmiş olan bir borçlu talep ettiğinden (İİK m. 309/1), iflâs eden borçlu kamu ihalesine katılamayacağı gibi eğer katılmışsa da zaten ihaleye dışı bırakılır (bkz. KİK m. 10/4-a).

### 1. Konkordato Talep Edilmiş Ancak Mahkemece Henüz Geçici Mühlet Kararı Verilmemişse

Konkordato talebi üzerine mahkeme, İİK'nın 286. maddesinde belirtilen belgelerin eksiksiz olarak mevcut olduğunu tespit ettiğinde derhâl geçici mühlet kararı verir ve 297. maddenin ikinci fıkrasındaki hâller de dâhil olmak üzere, borçlunun malvarlığının muhafazası için gerekli gördüğü bütün tedbirleri alır (İİK m. 287/1; SchKG Art. 293a). O hâlde, İİK m. 286'da (SchKG Art. 293) sayılan belgelerin mahkemeye sunulması hâlinde mahkeme, başkaca bir araştırma yapmadan geçici mühlet talebini kabul etmeli ve borçlunun malvarlığının muhafazası için gerekli tedbirleri almalıdır<sup>100</sup>. Ne var ki mahkeme, konkordato talebinde sunulan belgelerin 286. maddede belirtilen belgelerden olup olmadığı ve bu belgelerin tam olarak sunulup sunulmadığı hususunda bilirkişiye başvurabilirse de bilirkişinin raporunu verme süresi bir veya iki gün olmalıdır<sup>101</sup>. Aksi takdirde geçici mühlet kararı verilmesi zaman alacak ve bu durum elbette borçlu aleyhine sonuçlar doğuracaktır. Bununla birlikte, Kanun'da "derhal geçici mühlet karar verir" ifadesi kullanıldığından, mahkemenin geçici mühlet kararını dosya üzerinden vermesi gerektiği sonucuna varılır.

Neticede, konkordato talebi ile geçici mühlet kararı verilmesi arasında oldukça kısa bir zaman dilimi olsa da eğer bu süre zarfında, yani hakkında daha geçici mühlet kararı verilmeden önce borçlu ihaleye katılmışsa, geçici mühlet kararının verilmesi ile borçlunun ihale dışı bırakıl-

<sup>100</sup> Borçlunun gerekli belgeleri içeren ve gerekçeli bir başvuruda bulunması hâlinde, mahkemenin üçüncü kişileri dinlemeden geçici mühlet kararı verebilmesi mümkündür (BSK SchKG Ergänzungsband-Bauer, Art. 293a, N. 9).

<sup>101</sup> Öğretide *Pekcanitez/Erdönmez* salt şekli bir inceleme yapılmakla yetinilmemesi gerektiğini, borçlunun sunduğu belgeler hiçbir aktif değer kalmadığını gösteriyorsa, borçlunun teklifi belirsiz ise ve alacaklıların iflâs hâlinde daha iyi para elde edebileceğine ilişkin olumlu bir öngörü yoksa salt İcra ve İflâs Kanunu'nun 286. maddesinde sayılan belgelerin getirilmesi neticesinde geçici mühlet kararı verilmesinin alacaklılar ile borçlu arasındaki menfaat dengesinin bozulmasına neden olacağı görülmüştür (PEKCANİTEZ / ERDÖNMEZ, s. 24).

ması gerekir (bkz. KİK m. 10/4-a). Zira geçici mühletin hükümleri, konkordato başvurusunun yapılmasıyla değil, geçici mühlet kararının verilmesiyle sonuç doğurur<sup>102</sup>.

Öte yandan iflâs talebinde bulunabilecek her alacaklı, gerekçeli bir dilekçeyle, borçlu hakkında konkordato işlemlerinin başlatılmasını isteyebilir (İİK m. 285/2; SchKG Art. 293). Konkordato işlemlerinin başlatılması alacaklılardan biri tarafından talep edilmişse, borçlunun 286. maddede belirtilen belgeleri ve kayıtları mahkemenin vereceği makul süre içinde ve eksiksiz olarak sunması hâlinde geçici mühlet kararı verilir. Bu durumda anılan belge ve kayıtların hazırlanması için gerekli masraf alacaklı tarafından karşılanır. Belge ve kayıtların süresinde ve eksiksiz olarak sunulmaması hâlinde geçici mühlet kararı verilmez ve alacaklının yaptığı konkordato talebinin de reddine karar verilir (İİK m. 287/2; SchKG Art. 293a)<sup>103</sup>. Eğer konkordato talep edilmesini tek başına ihale dışı bırakma sebebi olarak değerlendirirsek, kötü niyetli alacaklılar, borçlu hakkında konkordato işlemlerinin başlatılmasını isteyebilme hakkını kullanarak bu yolla, ihalede rakiplerini saf dışı bırakabilirler. O nedenle, ister borçlunun kendisi ister iflâs talebinde bulunabilecek bir alacaklı konkordato talep etmiş olsun, borçlunun sırf konkordato talebinde bulunmasından ötürü ihale dışı bırakılmaması gerekir.

<sup>102</sup> SPÜHLER, Karl / DOLGE, Annette, *Schuldbetreibungs und Konkursrecht II*, 7. Auflage, Zürich 2017, s. 137; UMBACH-SPAHN, Brigitte / KESSELBACH, Stephan / BISSART, Stefan, *Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, Art. 293a SchKG, SK - Schulthess Kommentar*, 4. Auflage, basierend auf der 1911 erschienenen 3. Auflage von Carl Jaeger, Zürich 2017, s. 1663.

<sup>103</sup> Mehaz İsviçre İcra ve İflâs Kanunu'nda, borçlunun mali durumunun iyileşme ihtimali yoksa veya konkordatonun tasdik edilmeyeceği açıkça anlaşılıyorsa, mahkemenin resen borçlunun iflâsına karar verileceği düzenlenmiştir (SchKG Art. 293a Abs. 3). Söz konusu düzenleme, Türk hukukundan farklı olarak, borçlunun Kanun'da sayılan belgeleri tamamlamasının tek başına geçici mühlet kararı verileceği anlamına gelmediğini ifade etmektedir. Ancak 7101 sayılı Kanun değişikliğinden önce, geçici mühlet talebinin reddi hâlinde iflâs kararı verilmesi gerektiği önerilmiştir [TANRI-VER, Süha, *İflas Dışı Adi Konkordatoya İlişkin Temel Problemler ve Çözüm Arayışları*, (Türk Medeni Usul ve İcra İflas Hukukçuları Toplantısı-XIII, Antalya 8-9 Ekim 2015, s. 247-268), s. 257].

## 2. Geçici veya Kesin Mühlet Kararı Verilmişse

Geçici mühlet, konkordato sürecinde borçlunun malî durumunun iyileştirilmesine yönelik yapılan ilk hukukî enstrümandır<sup>104</sup>. Geçici mühlet, borçlu hakkındaki icra takiplerini ve icra takip işlemlerini belirli bir süre durdurarak, borçluya bu süre zarfında geçici bir koruma sağlamak amacıyla getirilmiştir<sup>105</sup>. Geçici mühletin işlevi ise, geçici olarak koruma altına alınan borçlunun öncelikle kesin mühlete geçmek için gerekli şartları sağladığı hususunda mahkemede kanaat oluşturup oluşturmadığının ve sonrasında ise konkordato talebinin tasdik edilip edilmeyeceği veya konkordato süreci sonunda borçlunun malî durumunun iyileşip iyileşmeyeceğinin tespit edilmesidir<sup>106</sup>.

Alacaklılarının ödeme taleplerinden bunalan borçlu, geçici mühlet aşamasında komiser nezaretinde faaliyetine devam ederek, iflâsa tâbi ise ticarî hayatta varlığını sürdürmek, iflâsa tâbi değilse aktifinin daha iyi değerlendirilmesini sağlamak suretiyle, mahkeme nezdinde projesinin başarıya ulaşacağını ispat etme ve kesin mühlete geçilmesi yönünde mahkemede bir kanaat oluşturma gayreti içindedir. Ancak mahkemede konkordato projesinin başarıya ulaşabileceğine ilişkin herhangi bir kanaat oluşmazsa, mahkeme geçici mühletin ve dolayısıyla tedbirlerin kaldırılarak konkordato talebinin reddine karar verir (İİK m. 287/5; 292; SchKG Art. 293a; Art. 296b).

Neticede konkordato başvurusunun temel amacı, konkordato projesinin tasdik edilmesi olduğundan, gerek geçici mühlette gerek kesin mühlette amaç, konkordato projesinin tasdik edilmesi için gereken şartların sağlanmasıdır. İşte bu bağlamda verilen kesin mühlet, borçlunun malî durumunun iyileştirilmesinin bağımsız bir aracı olarak görülmektedir<sup>107</sup>. Nitekim kesin mühlet verilebilmesi için konkordatonun başarıya ulaşması mümkün olmalıdır (İİK m. 289/3; SchKG Art. 293a/3; 293b/1)<sup>108</sup>.

<sup>104</sup> SPÜHLER / DOLGE, s. 148.

<sup>105</sup> BUDAK, Ali Cem / TUNÇ YÜCEL, Müjgan, “İflas Tasarrufun İptali Davası ve Konkordato İle İlgili 2013 Tarihli İsviçre İcra ve İflas Kanunu Değişiklikleri”, (Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku Dergisi, Y. 2015, C. 11, s. 21-38), s. 30; BUDAK / TUNÇ YÜCEL, ÖZTEK-Konkordato Şerhi, s. 147.

<sup>106</sup> PEKCANITEZ / ERDÖNMEZ, s. 22.

<sup>107</sup> BSK SchKG Ergänzungsband-Bauer, Art. 293, N. 13; Art 294, N. 3.

<sup>108</sup> Mehaz İsviçre İcra ve İflâs Kanunu’nda ise kesin mühlet verilmesi için “konkordatonun başarıya ulaşmasının” veya “borçlunun malî durumunun iyileştirilmesinin” yeterli olacağı ifade edilmiştir.

“Konkordatonun başarıya ulaşması” ifadesinden ne anlaşılması gerektiği ise, kesin mühletli düzenleyen 289. maddenin gerekçesinde değil geçici mühletli düzenleyen 287. maddesinin gerekçesinde bulunmaktadır. Buna göre, “konkordatonun başarıya ulaşması” ile kastedilen husus, konkordato talebinde bulunan borçlunun malî durumunun düzelmesinin mümkün olup olmadığı veya konkordatonun tasdiki şartlarının yerine gelip gelemeyeceğidir.

Mehaz İsviçre İcra ve İflâs Kanunu’nda yapılan revizyon ile İcra ve İflâs Kanunu’muzun konkordato hükümlerinde 7101 sayılı Kanun değişikliği neticesinde, kesin mühletin sonuçlarının geçici mühlet için de geçerli olduğu hüküm altına alınmıştır (İİK m. 288/1; 294; SchKG Art. 293c/1). Bu sebeple geçici ve kesin mühletin hüküm ve sonuçları aynıdır.

Hakkında geçici veya kesin mühlet kararı verilen borçlunun kamu ihalelerine katılıp katılamayacağı meselesinin çözümü için mühletin sonuçlarının ne zaman doğduğunun tespit edilmesi gerekir. Mühletin konkordatoya tâbi alacaklıların hakları ile borçlunun yetkisi üzerindeki etkisi mutlak ve mahkemenin mühlet kararını verdiği an itibariyle mühletin sonuçları derhal ortaya çıkar<sup>109</sup>. Başka bir deyişle mühlet kararı, verildiği an itibariyle sonuç doğurması sebebiyle, iflâs kararında olduğu gibi derhal etki doğuran bir karar olup etkilerinin ortaya çıkması için mühlet kararının ilan edilmesi veya öğrenilmesi gerekmez<sup>110</sup>. Öte yandan mühlet kararının bütün etkilerinin, mahkemenin mühlet kararını vermesiyle ortaya çıkacağı yani iflâsta olduğu gibi mühlet kararının milat olacağı kabul edilmiş<sup>111</sup> ve bu değişiklik, İcra ve İflâs Kanunu’nun 297. maddesinin ikinci fıkrasında da borçlunun mühlet kararından itibaren maddede sayılan işlemleri yapamayacağı şeklinde açıkça hüküm altına alınmıştır. Böylelikle, 7101 sayılı Kanun değişikliğinden önce, üçüncü kişilerin iyi niyetinin korunması bakımından söz konusu etkinin mühletin ilanı ile yahut borçlunun veya alacaklının mühlet kararını öğrendiğinde ortaya çıkacağı

<sup>109</sup> TUNÇ YÜCEL, s. 125; SARISÖZEN, M. Serhat, Konkordato, Ankara 2020, s 195; Sİ-MİL, Cemil, Konkordatoda Mühletin Borçlu Bakımından Sonuçları, İstanbul 2020, s. 32.

<sup>110</sup> SPUHLER / DOLGE, s. 137; Schulthess Kommentar SchKG-Umbach-Spahn/Kesselbach/Bossart, s. 1663; TUNÇ YÜCEL, s. 21; PEKCANITEZ / ERDÖNMEZ, s. 30.

<sup>111</sup> BSK SchKG Ergänzungsband-Bauer, Art. 298.



yönünde görüşler terkedilmiş ve mühletin borçlunun tasarruf yetkisi üzerindeki etkilerinin başlangıç zamanı noktasındaki tartışmalar sona ermiştir<sup>112</sup>.

Geçici (İİK m. 287) ve kesin mühletin (İİK m. 289) verilmesi ile borçlunun malvarlığı üzerindeki tasarruf yetkisi, tümüyle ortadan kalkmakta, borçlunun malî açıdan düzelebilmesi bakımından mühlet süresince tasarruf yetkisi, konkordato komiserinin denetimi altında devam etmektedir (İİK m. 290/1-b)<sup>113</sup>.

Mühletin sonuçları ve buna bağlı olarak kararın verildiği tarih itibariyle borçlunun tasarruf yetkisinin sınırlandığı düşünüldüğünde, hakkında mühlet kararı verilen isteklinin ihale dışı bırakılması gerektiği düşünülebilir. Ancak Kamu İhale Kanunu'nda "konkordato ilan eden" kavramı kullanıldığından, kanaatimizce de mevcut konkordato hükümlerinden farklı olarak, bu kararın ilanı ile borçlunun ihale dışı bırakılması gerekir<sup>114</sup>. Nitekim "geçici mühletin sonuçları, ilanı ve bildirimi" başlıklı 287. maddede geçen "... diğer lazım gelen yerlere bildirilir" ifadesinden hareket edildiğinde, geçici mühlet kararının Kamu İhale Kurumu'na da bildirilmesi, bu bilgilerin Kurum tarafından kontrol edilmesi ve mühlet kararı ilan edilen isteklinin sözleşme imzalamasının önüne geçilmesi açısından yerinde olacaktır<sup>115</sup>.

Öte yandan hakkında mühlet kararı verilen ve hakkındaki bu karar ilan edilen borçlunun ihale dışı bırakılması gerektiği noktasında bir tereddüt bulunmasa da mühlet kararı kaldırılan borçlunun ihale dışı bırakılıp bırakılmayacağı hususu üzerinde de ayrıca durmamız gerekir.

Konkordato mühleti içinde borçlunun malî durumunun düzelmesi (İİK m. 291/1) ve İcra ve İflâs Kanunu'nun 292. maddesinde belirtilen sebeplerden birinin varlığı hâlinde kesin mühlet kaldırılır (ayrıca bkz. SchKG Art. 296a; 296b). Ne var ki, 291. ve 292. maddeler kesin mühletin kaldırılması hâlini düzenlese de bu iki hüküm geçici mühlet bakımından

<sup>112</sup> Tartışmalar için bkz. POSTACIOĞLU, s. 53-54.

<sup>113</sup> TANRIVER, Komiser, s. 69; Kuru, Konkordato, s. 433-434; BERKİN, İflâs, s. 541; ÜSTÜNDAĞ, s. 206.

<sup>114</sup> CAN, Konkordato, s. 1800.

<sup>115</sup> CAN, Konkordato, s. 1800.

da kıyasen uygulanacağından (İİK m. 287/5), aşağıdaki açıklamalar şüphesiz geçici mühlet için de geçerli olacaktır<sup>116</sup>.

“Borçlunun malî durumunun düzelmesi nedeniyle kesin mühletin kaldırılması” başlıklı 291. maddesi uyarınca, konkordato talebi ile amaçlanan iyileşmenin, kesin mühletin sona ermesinden önce gerçekleştiğinin komiserin yazılı raporuyla mahkemeye bildirilmesi üzerine mahkemece resen, kesin mühletin kaldırılarak konkordato talebinin reddine karar verilir. Söz konusu düzenleme ile malî durumu iyileşen borçlunun ek süre talep etmesi ve kesin mühletin sağladığı korumadan alacaklılar zararına yararlanmaya devam etmesi önlenmek istenmiştir. Bu sebebe dayanarak kesin mühletin kaldırılması için borçlu, borca batıkken konkordato talep etmişse, borca batıklıktan çıkmış olması; buna karşılık aciz hâlindeyken konkordato talep etmişse, aciz hâlden kurtulmuş olması gerekir<sup>117</sup>.

“Kesin mühlet içinde konkordato talebinin reddi ile iflâsın açılması” başlıklı 292. maddesinde ise, kesin mühlet kaldırılarak borçlunun iflâsına karar verilebilecek hâller düzenlenmiştir. İflâsa tâbi borçlu bakımından, kesin mühletin verilmesinden sonra borçlunun malvarlığının korunması için iflâsın açılması gerekiyorsa (İİK m. 292/1-a), konkordatonun başarıya ulaşamayacağı anlaşılıyorsa (İİK m. 292/1-b) veya borçlu, 297. maddeye aykırı davranır veya komiserin talimatlarına uymazsa ya da borçlunun alacaklıları zarara uğratma amacıyla hareket ettiği anlaşılıyorsa (İİK m. 292/1-c) yahut borca batık olduğu anlaşılan bir sermaye şirketi veya kooperatif, konkordato talebinden feragat ederse (İİK m. 292/1-d) komiserin yazılı raporu üzerine mahkeme kesin mühleti kaldırarak konkordato talebinin reddine ve borçlunun iflâsına resen karar verir (İİK m. 292/1). İşte bu sebeplerden birinin varlığı hâlinde mahkemece iflâs kararı verileceğinden, müflis ihale dışı bırakılır (KİK m. 10/4-a).

Ancak iflâsa tâbi olmayan borçlu bakımından ise kesin mühletin verilmesinden sonra konkordatonun başarıya ulaşamayacağı anlaşılıyorsa (İİK m. 292/1-b) veya borçlu, 297. maddeye aykırı davranır veya komiserin talimatlarına uymazsa ya da borçlunun alacaklıları zarara uğratma amacıyla hareket ettiği anlaşılıyorsa (İİK m. 292/1-c), komiserin yazılı raporu üzerine mahkeme kesin mühleti kaldırarak konkordato talebinin

<sup>116</sup> AKYOL ASLAN, Leyla: “7101 Sayılı Kanunla Yapılan Değişiklikler Çerçevesinde Adi Konkordatoda Borçlunun Doğrudan Doğruya İflasına Karar Verilebilecek Hâller”, (MİHDER, C. 15, S. 42, 2019/1, s. 41-104), s. 57.

<sup>117</sup> PEKCANITEZ / ERDÖNMEZ, s. 65.

reddine resen karar verir. Burada borçlu iflâsa tâbi olmadığından, mahkeme iflâsa değil sadece konkordato talebinin reddi kararı verir. Esasen bu durum, sonuçları itibariyle iflâsın kaldırılmasına (İİK m. 182) benzer<sup>118</sup>. Ancak mehaz İsviçre İcra ve İflâs Kanunu'na göre bu durumda borçlunun iflâsına karar verilebilmesi için borçlunun iflâsa tâbi olması şart değildir (bkz. SchKG Art. 294/3). Mühletin kaldırılması ile birlikte, mühletin alacaklılar bakımından sonuçları (İİK m. 294) ve borçlunun tasarruf yetkisine ilişkin kısıtlamaları (İİK m. 297; SchKG Art. 298) ileriye etkili olarak ortadan kalkar. Nihayetinde bu ihtimalde, mühletin gerek alacaklı gerek borçlu bakımından sonuçları ortadan kalktığından, istekli ihale dışı bırakılmaz.

### 3. Konkordato Tasdik Edilmişse

İcra ve İflâs Kanunu'nun 305. maddesindeki şartların gerçekleşmesi hâlinde mahkeme, konkordato talebini tasdik eder (İİK m. 305/1; SchKG Art. 306/1). Konkordatonun tasdiki kararında alacaklıların hangi ölçüde alacaklarından vazgeçtiği ve borçlunun borçlarını hangi takvim çerçevesinde ödeyeceği belirtilir (İİK m. 306/1; SchKG Art. 308/1). Konkordatonun kısmen feshi talep edildiğinde, borçlunun ödeme koşullarına uygun hareket edip etmediğinin kolayca tespit edilmesi için eğer borçlu tenzilat konkordatosu istemişse, alacaklıların konkordatonun tasdikinden sonra alacaklarından hangi oranda vazgeçmiş sayılacağı eğer vade konkordatosu istenmişse vadeler ileride şüpheye yer vermeyecek şekilde kararda açıkça gösterilir<sup>119</sup>.

Konkordato, kural olarak tasdik kararıyla bağlayıcı hâle geleceğinden (İİK m. 308/c-1, c. 1; SchKG Art. 310/1) borçlu, konkordatoyu ön projesinde yer alan teklif uyarınca yerine getirmelidir<sup>120</sup>. Tasdik edilen konkordato projesinde aksine bir hüküm kabul edilmemişse, konkordatonun tasdikinden sonra borçlu, malvarlığı üzerinde serbestçe tasarruf edebilecektir<sup>121</sup>.

<sup>118</sup> PEKCANITEZ / ERDÖNMEZ, s. 65. İflâsın kaldırılması için bkz. ALBAYRAK, Hakan, İflâsın Kaldırılması, Ankara 2007.

<sup>119</sup> PEKCANITEZ / ERDÖNMEZ, s. 141.

<sup>120</sup> ALTAY / ESKİOCAK, s. 333; ULUKAPI, Fesih, s. 101; ULUKAPI, Ömer, "Konkordatonun Sonuçları", (SÜHFD, C. 8, Y. 2000, S. 1-2, s. 9-61), s. 55.

<sup>121</sup> PEKCANITEZ / ERDÖNMEZ, s. 142; SİMİL, s. 250.

Öte yandan tasdik edilen konkordato projesinde konkordatonun, tasdik kararının kesinleşmesiyle bağlayıcı hâle geleceği de kararlaştırılabilir. Bu takdirde mühletin etkileri, Kanun'da öngörülen istisnalar saklı kalmak kaydıyla konkordatonun bağlayıcı hâle geldiği tarihe kadar devam eder (İİK m. 308/c-1, c. 2; SchKG Art. 310/1).

Konkordato talebi mahkemece kabul edilmiş ve borçlunun konkordatosu tasdik edilmişse, artık alacaklılar bu kararın verilmesi ile alacaklarını proje kapsamında alacaklardır. Konkordato talebinde aslî amaç, konkordatonun tasdik edilmesi olsa da konkordatosu tasdik edilen borçlunun, mahkemenin tasdik kararı henüz kesinleşmeden ihaleye katılması gerekir. Zira tasdik kararı bölge adliye mahkemesince kaldırılır veya Yargıtayca bozulursa, ihaleye katılmasına ilk etapta izin verilen borçlu, tasdik kararının kaldırılması veya bozulması neticesinde hakkında iflâs kararı verilirse pek tabii ihale dışı bırakılacaktır. İşte bu durumda, mevcut ihale yarım kalacak ve devamında yeni bir ihale yapılmasına neden olacaktır ki bu durum, genel anlamda kamu hizmetinin sekteye uğramasına ve hizmetin pahalı bir şekilde karşılanmasına yol açacaktır. Nitekim kamu alımları nitelik itibarıyla birtakım ihtiyaçları karşılamaya yöneliktir ve bu ihtiyaçların karşılanması da kamu hizmetinin uygun zamanda ve uygun şekilde olmasına bağlıdır. Böyle bir ihtimal, "kaynakların verimli kullanılması ilkesi" (KİK m. 5/1) ile "ihtiyaçların uygun şartlarda ve zamanında karşılanması ilkesi"ne (KİK m. 5/1) de aykırılık teşkil edecektir. Şüphesiz, en verimli ancak en düşük bedelli teklifin elde edilmesi, ancak idare tarafından yapılacak kamu ihalelerinde kamu kaynaklarının en verimli şekilde kullanılması ile mümkündür<sup>122</sup>. Öte yandan kamu ihtiyaçlarının zamanlama açısından en uygun olan zamanda karşılanmasında, elde edilebilecek en yüksek faydanın elde edilmesi her zaman ihalenin zamanında yapılmasına ve zamanında tamamlanmasına bağlıdır<sup>123</sup>.

Ancak konkordatonun tasdiki kararı kesinleşirse, meseleye ilişkin yukarıda bahsedilen tereddütler ortadan kalkacak ve hakkındaki tasdik kararı kesinleşen borçlu pekâlâ ihaleye katılabilecektir. Zira hakkında konkordato mühleti verilmesi ile idare hukuku açısından "konkordato ilan eden" statüsüne geçen borçlunun bu statüsü, ancak tasdik kararı kesinleşince veya ödemeler proje kapsamında tamamlanınca ortadan kalkacaktır.

<sup>122</sup> TAŞDELEN, Aziz, Kamu Harcama Hukukunda İhale Süreci, Ankara 2004, s. 62.

<sup>123</sup> TAŞDELEN, s. 60.

Şayet tasdik edilen konkordato projesinde konkordatonun, tasdik kararının kesinleşmesiyle bağlayıcı hâle geleceği kararlaştırılmış ve mahkemece bu şekilde tasdik edilmişse, mühletin etkileri, Kanun'da öngörülen istisnalar saklı kalmak kaydıyla konkordatonun bağlayıcı hâle geldiği tarihe kadar devam edeceğinden (İİK m. 308/c-1, c. 2; SchKG Art. 310/1) borçlu, konkordatonun tasdik kararı kesinleşinceye kadar ihaleye katılmayacaktır.

Mahkeme, konkordatonun tasdiki için gerekli koşulların bulunmadığını tespit ederse veya konkordatonun feshini gerektiren sebeplerden birisinin tasdik aşamasında ortaya çıkması hâlinde konkordatonun tasdiki talebinin reddine karar verir<sup>124</sup>. Konkordatonun tasdik talebinin reddedilmesi tek başına doğrudan iflâs sebebi (İİK m. 177) olduğundan, tasdik talebini reddeden mahkeme, alacaklının talebi üzerine, doğrudan iflâs sebebi olarak 308. maddedeki hâl varsa, borçlunun iflâsına karar verebilir (İİK m. 177/1-3)<sup>125</sup>. Bu ihtimalde, mahkemece iflâsa tâbi borçlu hakkında iflâs kararı verileceğinden, müflis ihale dışı bırakılır (KİK m. 10/4-a).

Borçlu, konkordatonun tasdiki talebinden feragat edebilir<sup>126</sup>. Ancak borca batık olduğu anlaşılan bir sermaye şirketi veya kooperatif, konkordato talebinden feragat ederse, bu borçlu hakkında iflâs kararı verilebilir (İİK m. 292/1-d; SchKG Art. 296b/d). Bu ihtimalde de borçlu hakkında iflâs kararı verileceğinden, artık iflâs eden borçlunun ihale dışı bırakılması gerekir (KİK m. 10/4-a). Bu durumun haricindeki ihtimallerde ise mahkeme, borçlunun iflâsına karar vermeyip sadece konkordato talebini reddedeceğinden, borçlu eğer Kamu İhale Kanunu'ndaki ihaleye katılımındaki şartları sağlıyorsa, borçlunun kamu ihalesine katılabilmesine herhangi bir engel bulunmamaktadır.

<sup>124</sup> PEKCANITEZ / ERDÖNMEZ, s. 144.

<sup>125</sup> ULUKAPI, Fesih, s. 276; AKYOL ASLAN, Konkordato, s. 97; EROĞLU, Orhan, "İflâs Dışı Adi Konkordato Mühleti İçerisinde Borçlunun İflâsına Karar Verilebilecek Durumlar", (SÜHFD, C.27, S. 3, 2019, s. 785-807), s. 801. Başka bir doğrudan doğruya iflâs sebebinin aranması hususunda bkz. BUDAK / KALE, Özetk-Konkordato Şerhi, s. 396 vd.; SARISÖZEN, Konkordato, s. 227 vd. Başka bir doğrudan doğruya iflâs sebebinin aranmaması gerektiği hususunda bkz. PEKCANITEZ / ERDÖNMEZ, s. 144.

<sup>126</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz. AKYOL ASLAN, Leyla, Medenî Usul Hukukunda Davadan Feragat, Ankara 2011, s. 319 vd.

Kamu İhale Kurulu verdiği bir kararda; başvuru sahibi istekli tarafından, başvuru sahibi istekliye üç ay süreyle geçici mühlet verildiğini ve bu bağlamda konkordatonun tasdik edildiği ya da onaylandığı sonucuna varılamayacağından başvuru sahibinin “konkordato ilan eden” durumunda olmadığını belirtmiştir<sup>127</sup>.

Kurul, Kamu İhale Kanunu’nda yer alan “konkordato ilan eden” kavramını, borçlu hakkında mühlet kararı verilmesi hâli olarak değil, borçlunun talep ettiği konkordatonun tasdik edilmesi hâli olarak yorumlamıştır. Kurul’un, geçici veya kesin mühlet kararı verilen borçlunun ihale dışı bırakılmayacağı ancak konkordatosu tasdik ve ilan edilen borçlunun sırf “konkordato ilan eden” kavramını gerekçe göstererek, KİK’in 10. maddesi kapsamında ihale dışı bırakılabileceği yönündeki kararına; konkordato kurumunun amacı, özellikleri ve konkordato süreci göz önünde bulundurulduğunda katılmamız mümkün değildir.

Danıştay ise Kurul’un bu kararına katılmayarak, 30.09.2019 tarihli “Üç ay süreyle geçici mühlet verilmesi” kararı ile anılan kararın 01.10.2019 tarihinde ticaret sicili gazetesinde ve Basın-İlan Kurumunun resmî ilan portalında ilan edilmesi ve ilgili mercilere bildirilmesine dayalı olarak, KİK’in 10. maddesinin dördüncü fıkrasının (a) bendi uyarınca “konkordato ilan eden” sıfatıyla ihale dışı bırakılması ve geçici teminatın iade edilmesi talebiyle davalı idareye yaptığı itirazın şikayet başvurusunun reddine ilişkin dava konusu Kurul kararında hukuka uygunluk bulunmamıştır<sup>128</sup>.

#### **4. Konkordato Feshedilmişse**

##### **a. Kısmen Fesih Hâlinde**

Kendisine karşı konkordato projesi uyarınca belirtilen zaman ve miktarda ifade bulunulmayan konkordatoya kayıt yaptırmış ve alacağı itiraza uğramamış olan her alacaklı konkordato uyarınca kazanmış olduğu yeni hakları muhafaza etmekle birlikte konkordatoyu tasdik eden mahkemeye başvurarak kendisi hakkında konkordatoyu feshettirebilir (İİK m. 308/e-1; SchKG Art. 316)<sup>129</sup>.

<sup>127</sup> Kamu İhale Kurulu, 08.01.2020, 2020/UY.I-31.

<sup>128</sup> Danıştay 13. D., 16.02.2021, 2020/3840, 2021/515 (www.lexpera.com).

<sup>129</sup> Konkordatonun kısmen feshinin istenebilmesi için tasdik kararının kesinleşmesinin gerekli olup olmadığı öğretide tartışmalıdır. Kesinleşmenin şart olmadığı yönünde

Konkordatonun kısmen feshi kararı, sadece fesih talep eden alacaklı bakımından hüküm ifade eder ve ilgili alacaklı bakımından konkordato bağlayıcılığını yitirir, yani alacaklının alacağı eski hâline döner. Bunun üzerine alacaklı, konkordatonun türüne göre tenzil edilen ve/veya vadeye bağlanan alacağını, herhangi bir tenzilat ve/veya vade ile bağlı olmaksızın tam olarak talep edilebilir<sup>130</sup>. Konkordatoyu kendisi açısından feshettiren alacaklı, fesih kararı kesinleşmeden alacağının tamamı için borçlu aleyhine icra veya iflâs takibi başlatabileceği gibi geçici mühletten önce başlatmış olduğu takibini de devam ettirebilir<sup>131</sup>. Bu nedenle konkordatonun kısmen feshi kararı üzerine ilk etapta borçlu ihale dışı bırakılmamalı, borçlu hakkında yapılacak takiplerin neticesine göre bu yönde bir karar verilmelidir.

Kısmen fesih kararı üzerine, eğer borçlu aleyhine iflâs yoluyla takip yapılır ve borçlunun iflâsına karar verilirse, bu iflâs karar ile konkordatonun bağlayıcılığı artık tüm alacaklılar bakımından ortadan kalkar ve tüm alacaklılar, konkordato ile kazanmış oldukları hakları muhafaza ederek alacaklarının tamamını iflâs masasına yazdırabilirler<sup>132</sup>. İşte, kısmen fesih isteyen alacaklının iflâs yoluyla takibi neticesinde borçlunun iflâsına karar verilirse, borçlu ihale dışı bırakılır (KİK m. 10/4-a).

Konkordatonun kısmen feshini isteyen alacaklı, kendisi açısından icra takibi yaparsa, borçlu Kamu İhale Kanunu'ndaki ihaleye katılımdaki şartları sağlarsa, borçlunun kamu ihalesine katılabilmesine herhangi bir engel bulunmamaktadır.

## **b. Tamamen Fesih Hâlinde**

Konkordatoya tâbi her alacaklı, kötü niyetle sakatlanmış konkordatonun tamamen feshini, tasdik kararını vermiş olan mahkemeden isteyebilir (İİK m. 308/f-1; SchKG Art. 313)<sup>133</sup>. Konkordatonun tamamen feshe-dilmesi için tasdik kararından sonra borçlunun, dürüstlük kuralına (TMK

bkz. PEKCANITEZ / ERDÖNMEZ, s. 166-167, 170; ALTAY / ESKİOCAK, s. 350; SARISÖZEN, Konkordato, s. 430. Kesinleşmenin şart olduğu yönünde bkz. ULUKAPI, Fesih, s. 218; YEŞİLOVA, Özbek-Konkordato Şerhi, s. 621.

<sup>130</sup> HUNKELER, Art 316, N. 5; ULUKAPI, Fesih, s. 261-262; PEKCANITEZ / ERDÖNMEZ, s. 169.

<sup>131</sup> ALTAY / ESKİOCAK, s. 352; POSTACIOĞLU, s. 133; GÜRDOĞAN, s. 212.

<sup>132</sup> ULUKAPI, Fesih, s. 267; POSTACIOĞLU, s. 134.

<sup>133</sup> Öğretide konkordatonun feshi için, ortaya çıkan zarar veya zarar tehlikesi ile borçlunun dürüstlük kuralına aykırı hareketi arasında bir illiyet bağı bulunmasına gerek olmadığı yönünde bkz. POSTACIOĞLU, s. 136; BERKİN, İflâs, s. 580; GÜRDOĞAN,

m. 2) aykırı davranışı neticesinde, konkordatonun başarıya ulaşmasının objektif olarak tehlikeye girmesi gerekir<sup>134</sup>. Konkordatonun tamamen feshi ile konkordatonun tasdikinin tüm hüküm ve sonuçları, kısmen feshiden farklı olarak, bütün alacaklıların tasdik kararına bağlı olarak iktisap ettikleri hakları ortadan kaldırdığı için alacaklıların tamamı, alacaklılarının tam olarak yerine getirilmesini talep edebilir<sup>135</sup>. Başka bir deyişle, konkordatonun tamamen feshi bütün alacaklıları etkiler ve konkordatonun hüküm ve sonuçlarını geçmişe etkili olarak ortadan kaldırır. Eğer tenzilat konkordatosu yapılmışsa konkordatonun feshi ile birlikte borçlu borcun tamamı bakımından sorumlu olur; vade konkordatosu yapılmışsa fesih kararı ile birlikte borçlunun borcunu derhal ödeme zorunluluğu doğar<sup>136</sup>.

Tamamen fesih kararının bölge adliye mahkemesince kaldırılması veya Yargıtayca bozulması ihtimali karşısında tasdik kararı kesinleşmeden verilen iflâs kararı, borçlu bakımından telafisi mümkün olmayan zararlara neden olabileceğinden, fesih kararı kesinleşmeden iflâsa karar verilmemesi ve kesinleşmenin bekletici sorun (HMK m. 165) yapılması gerekir<sup>137</sup>.

Nihayetinde, konkordatonun tamamen feshi neticesinde iflâsa tâbi borçlu hakkında doğrudan iflâs kararı verileceğinden<sup>138</sup>, borçlunun böyle bir ihtimalde ihale dışı bırakılması gerekir (KİK m. 10/4-a).

## SONUÇ

İhale konusu işi yapabilecek nitelikteki isteklilerin ihalelere katılımını sağlamak üzere ihalelere katılımı yeterli kriterleri ile ihale dışı bırakılabileceği haller KİK'in 10. maddesinde ayrıntılı olarak düzenlenmiş-

s. 213; ULUKAPI, Fesih, s. 243; KURU, El Kitabı, s. 1527; YEŞİLOVA, s. 660. Aksi görüş için bkz. ALTAY / ESKİOCAK, s. 357.

<sup>134</sup> HUNKELER, Art 313, N. 2; ULUKAPI, Fesih, s. 243.

<sup>135</sup> ULUKAPI, Fesih, s. 271, 274; POSTACIOĞLU, s. 137; GÜRDOĞAN, s. 214.

<sup>136</sup> ULUKAPI, Fesih, s. 271.

<sup>137</sup> POSTACIOĞLU, s. 135; GÜRDOĞAN, s. 214; ULUKAPI, Fesih, s. 267; ALTAY / ESKİOCAK, s. 360.

<sup>138</sup> ULUKAPI, Fesih, s. 275 vd.; RÜZGARESEN, Cumhur: İflâs Sebepleri, Ankara 2011, 423 vd.; AKYOL ASLAN, Konkordato, s. 98. Ayrıca bir doğrudan iflâs sebebinin varlığının aranması yönünde bkz. AKİL, Cenk, Sorularla Konkordato Hukuku, Ankara 2020, s. 318; UYAR, s. 154; SARISÖZEN, Konkordato, s. 438.



tir. Bu bağlamda, ihalenin ilanından sözleşme imzalanmasına kadar geçen zaman zarfında gerek ihaleyi yapan idarece resen gerek idareye yapılan başvuru üzerine ihaleye katılımı uygun bulunmayan isteklilerin tespit edilmesi hâlinde bu kişiler ihale dışı bırakılır (bkz. KİK m. 10/4-a). Bunun temel sebebi ise “konkordato ilan eden” isteklilerin ihale konusu işi yapabilecek nitelikte olmaması veya ihale konusu işi tamamlayabileceği noktasında tereddüt oluşmasından kaynaklanmaktadır (KİK m. 10/4-a).

“Konkordato ilan eden” kavramının kaynağı 14.Haziran.1993 tarih ve 93/37/EEC sayılı Konsey Direktifi’nin 24. maddesinin birinci fıkrasının (a) bendinde yer alan ve orijinal metinde “*Any contractor may be excluded from participation in the contract who has into an arrangement with creditors*” şeklinde yer alan ve “alacaklılarla anlaşmaya giren herhangi bir istekli ihale dışı bırakılabilir” şeklinde Türkçe’ye çevrilen ifadeden alınmıştır.

“Konkordato ilan eden” kavramı, ne Kamu İhale Kanunu’nun yürürlüğe girdiği 22.01.2002 tarihinde yürürlükte olan ne de 7101 sayılı değişiklikten sonraki İcra ve İflâs Kanunu’nun konkordatoya ilişkin hükümlerinde bulunmaktadır. Ancak 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu’nda, 5411 sayılı Bankacılık Kanunu’nda, 6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu’nda, 6361 sayılı Finansal Kiralama, Faktoring, Finansman ve Tasarruf Finansman Şirketleri Kanunu’nda, 5684 sayılı Sigortacılık Kanunu’nda, 5738 sayılı Spor Müsabakalarına Dayalı Sabit İhtimalli ve Müşterek Bahis Oyunlarının Özel Hukuk Tüzel Kişilerine Yapıtırılması Hakkında Kanun’unda, Ücret Garanti Fonu Yönetmeliği’nde ve ilgili yargı kararlarında “konkordato ilan eden” kavramının kullanıldığı görülmüştür.

İşte bu sebeple çalışmamızda, Kamu İhale Kanunu’nda yer alan ve borçlunun hukuken hangi statü içinde olduğu noktasında büyük bir belirsizlik gösteren “konkordato ilan eden” kavramının hukukî çerçevesi ve kamu ihalelerine katılım bakımından hüküm ve sonuçları ortaya konulmuştur.

Konkordato sürecinin ilk aşaması olan konkordato talebi üzerine eğer daha borçlu hakkında geçici mühlet kararı verilmemişse, borçlu bu aşamada ihaleye katılabilir. Ancak hakkında geçici veya kesin mühlet kararı verilen borçlu ihale dışı bırakılacaktır. Konkordatosu tasdik edilen ve bu tasdik kararı ilan edilen borçlunun da ihaleye katılmayacağı kanaatindeyiz. Zira tasdik kararının bölge adliye mahkemesince kaldırılması veya Yargıtayca bozulması neticesinde verilecek bir iflâs kararı ile, mevcut ihale yarım kalacağından ve bunun üzerine yeni bir ihale yapılacağından

dan, bu durum kamu hizmetinin sekteye uğramasına yol açacaktır. Konkordatosu kısmen feshedilen borçlu ise Kamu İhale Kanunu'ndaki ihaleye katılım şartlarını sağladığı takdirde ihaleye katılabilirken, konkordatosu tamamen feshedilen iflâsa tâbi borçlu hakkında mahkemece iflâs kararı verileceğinden, bu borçlu artık ihale dışı bırakılacaktır.

Nihayetinde, Kamu İhale Kanunu'ndaki "konkordato ilan eden" kavramı ile, mühlet kararının verilmesi aşamasından, borçlu hakkında tasdik kararının kesinleşmesi aşamasına kadar bu hukukî statüde bulunan borçlunun ihale dışı bırakılması gerektiği anlaşılmalıdır.

Kamu İhale Kanunu'ndaki "konkordato ilan eden" kavramının uygulamada yol açtığı sorun ve belirsizlikler sebebiyle, ivedilikle Kamu İhale Kanunu'nun "İhaleye katılımı yeterlik kuralları" başlıklı 10. maddesinin dördüncü fıkrasının (a) bendinde değişiklik yapılması gerektiği kanaatindeyiz. Nitekim yukarıda açıkladığımız gerekçeler dahilinde, ilgili maddede geçen "konkordato ilan eden" kavramı yerine "hakkında verilen konkordato mühleti ilan edilen" kavramının kullanılması ve bu bağlamda konkordato süreci içinde bulunan isteklilerin ihale dışı bırakılacağına ilişkin açık bir düzenleme yapılması yerinde olacaktır. Ancak borçlu, mahkemenin tasdik kararı kesinleşince veya borçlarını proje kapsamında tamamen ödeyince ihalelere katılabilecektir.

Ancak Kamu İhale Kanunu'nda yapılması gerektiğini ifade ettiğimiz bu değişikliğin, yasama faaliyetinden dolayı, kısa zaman içinde gerçekleşmesi pek de mümkün olmadığından, "konkordato ilan eden" kavramının mevcut durum için ne anlama geldiği, amaçsal yorum yöntemine göre yorumlanmalıdır.

Kamu İhale Kanunu'nun 10. maddesinin dördüncü fıkrasının (a) bendindeki ihale dışı bırakılacak isteklilere ilişkin düzenleme, yasaklayıcı bir kural olduğundan dar yorumlanması ve yorum yoluyla genişletilemesi gerekir. Bu bakımdan mevcut düzenleme açısından, İcra ve İflâs Kanunu'nda sadece geçici ve kesin mühlet ile tasdik kararının ilanı düzenlendiğinden, hakkında mühlet kararı verilip ilan edilen isteklinin ihale dışı bırakılması ancak mevcut düzenleme karşısında, tasdik kararı ilan edilen isteklinin ise ihale dışı bırakılmaması gerektiği kanaatindeyiz.

## KAYNAKLAR

- AB Genişleme Politikasına İlişkin 2020 Bilgilendirmesi, 2020 Türkiye Raporu.
- AKDOĞAN, Muzaffer, Avrupa Birliği Uyum Sürecinde Türk İhale Rejiminin Şeffaflık Açısından Değerlendirilmesi, İstanbul 2010.
- AKDOĞAN, Muzaffer, "Avrupa Birliği Kamu Alımları Direktifleri ve Türkiye Uygulamasına Yansımalarının İlerleme Raporları Işığında Değerlendirilmesi", (İÜHFİM, C. LXXII, 2014, S. 2, s. 683-702).
- AKİL, Cenk, Sorularla Konkordato Hukuku, Ankara 2020.
- AKYILMAZ, Bahtiyar / SEZGİNER, Murat/ KAYA, Cemil, Türk İdare Hukuku, Ankara 2019.
- AKYÜREK, Ayhan / AKYÜREK, Remziye, Konkordato Hukuku, Ankara 2019.
- ALBAYRAK, Hakan, İflasın Kaldırılması, Ankara 2007.
- ALBAYRAK, Hakan, İflâs Dışı Adi Konkordatoda Konkordato Mühletinin Sözleşmeler Bakımından Sonuçları, Ankara 2020 (Konkordato).
- ALTAY, Sümer / ESKİOCAK, Ali, Konkordato ve Yeniden Yapılanma Hukuku, İstanbul 2018.
- ALYANAK, Servet, Avrupa Birliği Kamu İhalesi Hukuku, Ankara 2015.
- ANSAY, Sabri Şakir, Hukuk İcra ve İflâs Usulleri, Ankara 1956.
- ANSAY, Sabri Şakir, Konkordato, (Adliye Ceridesi, 1940, s. 158-178).
- ARAR, Kemal, İcra ve İflâs Hükümleri, C. 2, Ankara 1945.
- ARSLAN, Ramazan / YILMAZ, Ejder / TAŞPINAR AYVAZ, Sema / HANAĞASI, Sema, İcra ve İflâs Hukuku, Ankara 2020.
- AKYOL ASLAN, Leyla, Medenî Usul Hukukunda Davadan Feragat, Ankara 2011.
- AKYOL ASLAN, Leyla, "7101 Sayılı Kanunla Yapılan Değişiklikler Çerçevesinde Adi Konkordatoda Borçlunun Doğrudan Doğruya İflasına Karar Verilebilecek Haller", (MİHDER, C. 15, S. 42, 2019/1, s. 41-104) (Konkordato).
- ATALAY, Oğuz, Borca Batıklık ve İflâsın Ertelenmesi, İzmir 2007.
- ATALI, Murat / ERMENEK, İbrahim / ERDOĞAN, Ersin , İcra ve İflâs Hukuku, Ankara 2022.

- AYDEMİR, Efrail, Konkordato (Sermaye Şirketleri ve Kooperatiflerin Ulaşma Suretiyle Yeniden Yapılandırılması), Ankara 2015.
- AYDINALP, "Aslıhan Kayık, Konkordatonun İşçilik Alacakları ve İş Sözleşmeleri Üzerine Yansıması", (DEÜHFD, C. 21, S. 2, 2019, s. 487-522).
- BAŞÖZEN, Ahmet, Müflisin Tasarruf Yetkisi, Ankara 2005.
- BAUER Thomas / STAEHELIN, Daniel, Ergänzungsband zum Basler Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, 2. Auflage, Basel 2017.
- BAUMANN, Jürgen, Konkurs und Vergleich, 2. Auflage, Bielefeld 1981.
- BELGESAY, Mustafa Reşit, İcra ve İflâs Kanunu Şerhi, C. 2, İstanbul 1954.
- BERKİN, M. Necmeddin, İflâs Hukukunda Konkordato, İstanbul 1966 (Konkordato).
- BERKİN, M. Necmeddin, İflâs Hukuku, İstanbul 1972 (İflâs).
- BERKİN, M. Necmeddin, "Konkordato Akti ve Konkordatonun Hukuki Mahiyeti", (İBD, 1949/XXIII/4, s. 193-213).
- BERKİN, M. Necmeddin, "Konkordato ve İflâs", (İBD, 1939/XXIII/3, s. 129-147).
- BUDAK, Ali Cem / YÜCEL, "Müjgan Tunç, İflas Tasarrufun İptali Davası ve Konkordato İle İlgili 2013 Tarihli İsviçre İcra ve İflas Kanunu Değişiklikleri", (MİHDER, Y. 2015, C. 11, s. 21-38).
- BURULOĞLU, Enver/ REYNA, Yuda, Konkordato Hukuku, İstanbul 1968.
- BUZ, Vedat, Kamu İhale Sözleşmelerinin Kuruluşu ve Geçerlilik Şartları, Ankara 2007.
- CAN, Ozan, Kamu İhale Hukuku, Ankara 2018 (Kamu İhale).
- CAN, Ozan, "Konkordatonun 4734 Sayılı Kamu İhale Kanunu Kapsamındaki İhalelere Etkisi", (THD, Y. 2019, C. 14, S. 157, s. 1798-1802) (Konkordato).
- CANBAZOĞLU, Kerem, Türk Hukukunda İhalelere Katılma Yasağı, İstanbul 2017.
- ÇAĞLAYAN, Ramazan, "İdari İşlemin Geri Alınması Üzerine", (AÜEHFD, C. 4, S. 1-2, Y. 2000, s. 43-58).
- DEMİREL, Salim / ARAPGİRLİ, Murat, İhale Yargı Kararları, Ankara 2013.

- DOĞAN, Emsalgül, Konkordatonun Tasdiki Yargılaması, Ankara 2020.
- DOĞANYİĞİT, Sadettin, Kamu İhale Kanunu ve Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu, Ankara 2008.
- ERCAN, Fuat / OĞUZ, Şebnem, “Sınıfsal Bir İlişki ve Süreç Olarak Ölçek: Kamu İhale Yasası”, (Praksis, 2006/15, s. 159-182).
- ERCAN, İbrahim, İcra ve İflâs Hukukunda Mal Varlığının Terki Suretiyle Konkordato, Konya 2008.
- ERDÖNMEZ, Güray, “Yeni Konkordato Düzenlemesi Hakkında Bazı Tespitler”, (7101 Sayılı Kanun’la Konkordato ve Elektronik Tebligat Konularında Getirilen Yenilikler, Editör: Prof. Dr. Muhammet Özekes, Lexpera Seminer), İstanbul 2018.
- ERMENEK, İbrahim, İflâsın Ertelenmesi, Ankara 2010.
- EROĞLU, Orhan, “İflâs Dışı Adi Konkordato Mühleti İçerisinde Borçlunun İflâsına Karar Verilebilecek Durumlar”, (SÜHFD, C. 27, S. 3, 2019, s. 785-807).
- GÖNEN, Dinçer / IŞIK, Hikmet, Açıklamalı Devlet İhale Kanunu ve Yapım Sözleşmelerinin Uygulanması, Ankara 1993.
- GÖNEN, Dinçer / IŞIK, Hikmet, Kamu İhale Yasası ve İlgili Mevzuat, Ankara 2008.
- GÖRGÜN, L. Şanal / BÖRÜ, Levent / KODAKOĞLU, Mehmet, İcra ve İflas Hukuku, 2. Bası, Ankara 2022.
- GÖZLER, Kemal, Yorum İlkeleri, (<https://www.anayasa.gen.tr/yorum-ilkeleri-kitaptan.pdf>, s. 15-119).
- GÜNER, Abdullah, “Konkordato”, (AD, 1957/2, s. 277-310).
- GÜRDOĞAN, Burhan, İflâs Hukuku Dersleri, Ankara 1966.
- HUNKELER, Daniel, Kurzkommentar Schuldbetreibungs und Konkursgesetz, D. Hunkeler, (Ed.), Basel 2014.
- İĞDELER, Serdar, “Kamu İhale Kanunu: Yenilikler ve Eksiklikler”, (Türk İdare Dergisi, S. 439, Y. 2003, s. 1-38).
- İSBİR, Begüm, Kamu İhalelerine Katılma Yasası, Ankara 2011.
- İNAN Atilla / YAZMACI Ömer Faruk, Kamu İhalelerinde Yasaklama, Ankara 2017.
- KALE, Serdar, Sorularla Konkordato (İflâs Dışı ve İflâs İçi Adi Konkordato), İstanbul 2017.

- KARAKEHYA, Hakan / BORAN GÜNEYSU, Nilüfer, “Konkordatonun, Çekle İlgili “Karşılıksızdır” İşlemi Yapılmasına Sebebiyet Verme Suçundan Kaynaklı Cezaî Sorumluluğa Etkisi”, (AHBVÜHFD, C. 23, S. 4, 2019, s. 3-46).
- KARTAL, Bünyamin, Konkordato Mühleti Verilmesinin Sürekli Borç İlişkilerine Etkisi, Ankara 2022.
- KİRAZ, Taylan Özgür, “Konkordatoya İlişkin Doğrudan Doğruya İflâs Halleri”, (Prof. Dr. Nuri Çelik’e Armağan, C.1, İstanbul 2001, s. 855-873).
- KÖKTAŞ, Arif, Avrupa Birliğinde Kamu İhale Hukuku ve AB Politikaları Arasındaki İlişki, Ankara 2005.
- KÖKTAŞ, Arif / KARAOSMANOĞLU, Fatih / BİLGİÇ, Veysel K., Kamu İhaleleri ve Etik, Yolsuzluğun Önlenmesi İçin Etik Projesi Akademik Araştırma Çalışması, Ankara Ekim 2009.
- KURU, Baki, İflâs ve Konkordato Hukuku, İstanbul 1988 (Konkordato).
- KURU, Baki, İcra ve İflâs Hukuku El Kitabı, Ankara 2013 (El Kitabı).
- KURU, Baki, İstinaf Sistemine Göre Yazılmış İcra ve İflâs Hukuku Ders Kitabı, Ankara 2018.
- KUTLU, Meltem, İdare Sözleşmelerinde İhale süreci, İzmir 1997.
- MUŞUL, Timuçin, İflâs ve Konkordato Hukuku, Ankara 2019.
- ODER, Burak, “Kamu İhale Hukuku” Gün Işığında Yönetim, (Der. İl Han Özay), İstanbul 2004.
- OEHRİ, Daniel, Der Sachwalter im Nachlassverfahren: Ein Diener zweier Herren, Schulthess Verlag, Zürich 2018.
- ÖNEN, Ergun, “İflâstan Sonra Konkordato”, (BATİDER, 1976/VIII/3, s. 78-100).
- ÖZAY, İl Han, Gün Işığında Yönetim, İstanbul 2004.
- ÖZEKES, Muhammet, “Konkordatoya Başvuru ve Geçici Mühlet Kararı”, (7101 Sayılı Kanunla Konkordato ve Elektronik Tebligat Konularında Getirilen Yenilikler, Editör: Prof. Dr. Muhammet Özekes, Lexpera Seminer), İstanbul 2018.
- ÖZTEK, Selçuk / BUDAK, Ali Cem / TUNÇ YÜCEL, Müjgan / KALE, Serdar / YEŞİLOVA, Bilgehan, Yeni Konkordato Hukuku, Editör: Prof. Dr. Selçuk Öztek, Ankara 2019.
- PAGENSTECHR, Max, Der Konkurs, 2. Aufl., München und Berlin 1950.

- PEKCANITEZ, Hakan / ERDÖNMEZ, Güray, 7101 Sayılı Kanun Çerçevesinde Konkordato, İstanbul 2018.
- PEKCANITEZ, Hakan / ATALAY, Oğuz / SUNGURTEKİN ÖZKAN, Meral / ÖZEKES Muhammet, İcra ve İflâs Hukuku Ders Kitabı, İstanbul 2018.
- POSTACIOĞLU, İlhan E., Konkordato, İstanbul 1965.
- RENKL, GÜNTER, Zwangsvollstreckungs-und Konkursrecht, München 1983.
- RÜZGARESEN, Cumhuriyet, İflâs Sebepleri, Ankara 2011.
- SARISÖZEN, M. Serhat, "Malvarlığının Terki Suretiyle Konkordato", (LHD, Nisan 2006/4/40, s. 1037-1051) (Malvarlığının Terki).
- SARISÖZEN, M. Serhat, Konkordato, Ankara 2020 (Konkordato).
- SEZER, Yasin, Kamu İhalelerine Katılma Yasası, Adalet Yayınevi, Ankara 2012.
- SEZER, Yasin / ŞAHİN, Mustafa Emre / KALKAN, Recep Emre, Kamu İhale Hukuku Dersler, Ankara 2017.
- SIRABAŞI, Volkan, Kamu İhalelerine Katılmaktan Yasaklama, Ankara 2011.
- SİMİL, Cemil, Konkordatoda Mühletin Borçlu Bakımından Sonuçları, İstanbul 2020.
- SPUHLER, Karl / DOLGE, Annette : Schuldbetreibungs und Konkursrecht II, 7. Auflage, Zürich 2017.
- TAN, Turgut, İdari İşlemin Geri Alınması, İstanbul 2020.
- TANRIVER, Süha, Konkordato Komiseri, Ankara 1993 (Komiser).
- TANRIVER, Süha, "Tartışmalar", (Medeni Usul ve İcra-İflâs Hukukçuları Toplantısı-VIII, Abant 9-10 Ekim 2009, s. 281-295) (Tartışmalar).
- TANRIVER, Süha, "İflas Dışı Adi Konkordatoya İlişkin Temel Problemler ve Çözüm Arayışları", (Türk Medeni Usul ve İcra İflas Hukukçuları Toplantısı-XIII, Antalya 8-9 Ekim 2015, s. 247-268).
- TANRIVER, Süha / DEYNEKLİ, Adnan, Konkordatonun Tasdiki, Ankara 1996.
- TAŞDELEN, Aziz, Kamu Harcama Hukukunda İhale Süreci, Ankara 2004.
- TAŞPINAR Ayvaz, Sema, İcra ve İflâs Hukukunda Yeniden Yapılandırma, Ankara 2005.

- TEPE, Kemal, “Kamu İhale Kanunu’na Göre İhale Dışı Bırakılma ve İhalelere Katılamayacak Olanlar”, (Belediye Dünyası, Aralık 2002, 3(12), s. 25-27).
- TUNÇ Yücel, Müjgan, Konkordato Mühletinin Alacaklılar Bakımından Sonuçları, İstanbul 2020.
- ULUKAPI, Ömer, Konkordatonun Feshi, Konya 1998 (Fesih).
- ULUKAPI, Ömer, “Konkordatonun Sonuçları”, (SÜHFD, C. 8, Y. 2000, S. 1-2, s. 9-61).
- UMAR, Bilge : İcra ve İflâs Hukukunun Tarihi Gelişmesi ve Genel Teorisi, İzmir 1973.
- UMBACH-SPAHN, Brigitte / KESSELBACH, Stephan / BOSSART, Stefan, Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, SK - Schulthess Kommentar, 4. Auflage, basierend auf der 1911 erschienenen 3. Auflage von Carl Jaeger, Zürich 2017.
- UYAR, Talih / UYAR, Alper / UYAR, Cüneyt, İcra ve İflâs Kanunu Şerhi El Kitabı, C. 2, Ankara 2012.
- UYAR, Talih, Yeni Konkordato Hukukumuzun Temel İlkeleri, Ankara 2019.
- UZ, Abdullah, Kamu İhale Hukuku, Ankara 2005.
- ÜSTÜNDAĞ, Saim, İflâs Hukuku, İstanbul 2002.
- YILDIRIM, Kamil / DEREN-YILDIRIM, Nevhis, İcra ve İflas Hukuku, İstanbul 2021.
- YILMAZ, Bekir Mustafa, Kamu Alımlarında İdari Denetim, Ankara 2007.
- YILMAZ, Ejder, İcra ve İflâs Kanunu Şerhi, Ankara 2016 (Şerh).
- YILMAZ, Ejder, “İflâs ve Konkordato Uygulamasıyla İlgili Bazı Sorunlar Üzerine Düşünceler”, (TBBD, 1995/1, s. 92-109).
- ZIMMERMANN, Walter, Konkurs, Vergleichsverfahren, Zwangsversteigerungs-gesetz, Zivilprozeßrecht III, Heidelberg 1986.



## ALZHEİMER HASTALARININ FİİL EHLİYETİNİN İNCELENMESİ

Dr. Öğr. Ü. Aygül KIZILAY-GÜNEYLİOĞLU\*

### Öz

Bir mental rahatsızlık olan Alzheimer hastalığı, ileri yaştaki bireyler arasında sıkça görülmektedir. Ayırt etme gücünü önemli oranda etkileyen bu rahatsızlığın doğuracağı sonuçları hukuken inceleme zorunluluğu doğmuştur. Ayırt etme gücünün varlığı noktasında tereddüde düşülen bu kişilerin, gerek sağlararası hukuki işlemler gerek ölüme bağlı hukuki işlemler yaparken izlenmesi ve işlemlerinin sıhhatinin aranması hukuk güvenliğini sağlayacaktır. Bununla birlikte bu kimselerin vesayet altına alınması toplum ve hasta bakımından elzem olabilmektedir. Son olarak, Alzheimer hastalarının hukuka aykırı eylemlerinden ne ölçüde sorumlu olacakları da incelenmelidir. Bu bakımdan “Hastalığın evreleri açısından bir derecelendirmeye gidilebilir mi?”, sorusu yanıtlanmaya çalışılacaktır.

### Anahtar Kelimeler

Ayırt Etme Gücü • Fiil Ehliyeti • Alzheimer • Yasal Temsilci • TMK m. 13

\* Dr. Öğr. Üyesi, Kırklareli Üniversitesi, İİBF Siyaset Bilimi ve Kamu Yönetimi Hukuk Bilimleri ABD, Kırklareli, Türkiye | Asst. Prof., Kırklareli University, Faculty of Economics and Administrative Sciences, Department of Jurisprudence, Kırklareli, Turkey.

✉ aygulkizilay@hotmail.com • ORCID 0000-0002-2205-4208

✎ **Atf Şekli** | Cite As: KIZILAY GÜNEYLİOĞLU Aygül, “Alzheimer Hastalarının Fiil Ehliyetinin İncelenmesi”, *SÜHFD.*, C. 30, S. 4, 2022, s. 2249-2266.

✎ **İntihal** | Plagiarism: Bu makale intihal programında taranmış ve en az iki hakem incelemesinden geçmiştir. | This article has been scanned via a plagiarism software and reviewed by at least two referees.

✎ Bu eser Creative Commons Atf-GayriTicari 4.0 Uluslararası Lisansı ile lisanslanmıştır. | This work is licensed under Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License.

## EXAMINATION OF LEGAL CAPACITY OF ALZHEIMER PATIENTS

### Abstract

Alzheimer disease, which is a mental disease, is frequently seen among elderly individuals. It is the legal obligation to examine the consequences of this disease, which significantly affects the discernment. Observing these people, who have hesitations about the existence of the discernment, both when making legal transactions inter vivos and testament, and seeking the legal competence will ensure legal security. However, taking these people under guardianship may be essential for the society and also for the patient. Finally, the subject of this study is to what extent Alzheimer's patients will be responsible for their torts. In this respect, the question "Can a grading be made in terms of the stages of the disease?" will be tried to be answered.

### Key Words

Discernment • Legal Capacity • Alzheimer • Legal Representative • Article 13 of Turkish Civil Code

### GİRİŞ

Alzheimer hastalığının yaygınlaşması ile bu kimselerin fiil ehliyetini inceleme gerekliliği doğmuştur. Alzheimer hastalığının tespiti doktorların iş sahasına girmektede de, ayırt etme gücünün varlığı noktasında tereddüde düşülen bu kişilerin, gerek sağlararası hukuki işlemler gerek ölüme bağlı hukuki işlemler yaparken izlenmesi ve işlemlerinin sıhhatinin aranması hukuk güvenliğini sağlayacaktır. Hastalığın evreleri fiil ehliyetinin görünümünü de çeşitlendirmektedir.

Makalenin yazımı noktasında öncelikle kişiler hukuku kitaplarından faydalanılmıştır. Bununla birlikte Alzheimer hastalığı ile ilgili olarak tıp alanında yazılmış makaleler incelenmiştir. Hastalığı anlamamız ve evrelerini tanımamız çalışmanın özgün hale kavuşmasını sağlamıştır.

Son olarak çalışma ile ilgili olarak bir noktanın altını çizmek yerinde olacaktır. Alzheimer hastalarının hukuka aykırı eylemlerinden sorumluluklarında ayırt etme gücünün derecelendirilmesinden kastedilen, tazminat miktarının belirlenmesinde bir derecelendirme yapılabilir mi sorusudur. Yoksa bir insan ayırt etme gücüne ya sahiptir ya da değildir, bu tartışılmamaktadır. Başka bir ifade ile fiilin işlenmesinde ayırt etme gücü ya vardır ya da yoktur. Ancak acaba fiilin sonucu bakımından bir derecelendirmeye gitmek olanaklı mıdır, sorusu yanıtlanmaya çalışılmıştır.

## A. ALZHEİMER HASTALIĞININ TIP BİLİMİNDE TANIMI VE EVRELERİ

### 1. Tanım

Alzheimer hastalığı, mental fonksiyonların bozulması ile karakterize edilen, santral sinir sisteminin progresif dejeneratif bir hastalığıdır<sup>1</sup>. Öyle ki, beynin yargılama ve gerçeği değerlendirme yeteneği, kişiden kişiye farklılık gösterse de, önemli ölçüde azalmaktadır.

Geniş çapta yürütülen bir çalışmaya göre, Alzheimer hastalarının yarısından fazlası; parkinson hastalarının neredeyse yarısı ayırt etme gücünden yoksun bulunmaktadır<sup>2</sup>. Bu sebeple Alzheimer hastaları bakımından ayırt etme gücünün incelenmesi önem arz etmektedir.

### 2. Evreler

Günlük klinik uygulamada bilişsel sınırlamaları değerlendirmek için test uygulanmaktadır. Demans ve Alzheimer<sup>3</sup> teşhisinde en yaygın kullanılan araç Mini-Mental Durum Muayenesidir<sup>4</sup>. Hastaya örneğin şu anda nerede oturduğu ve saatin kaç olduğu sorulmaktadır. Her doğru cevap için bir puan kaydedilir. Maksimum puanlama 30'dur. Normal bilişsel işlevler için sınır değer 25'tir. Test edilen kişi 19 puandan daha az puan alırsa, şiddetli Alzheimer olduğu varsayılır<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> GÜLMEZ Özge / TÜMER Ali Rıza / KARACAOĞLU Emre / AKÇAN Ramazan / ODABAŞI Aysun, "Alzheimer Hastalığı'nda Fiil ehliyeti", Sürekli Tıp Eğitimi Dergisi, C. 23, S. 1, 2014, s. 31.

<sup>2</sup> HÜRLİMANN Daniel / TRACHSEL Manuel, Urteilsfahigkeit und Selbstbestimmte Entscheidungen, [https://www.alexandria.unisg.ch/248508/2/urteilsfaehigkeit\\_demenz.pdf](https://www.alexandria.unisg.ch/248508/2/urteilsfaehigkeit_demenz.pdf), erişim tarihi: 15.02.2021, s. 82.

<sup>3</sup> Demans, bilişsel fonksiyonların geri dönüşümsüz kaybı ile karakterize edilen ilerleyici bir nörodejeneratif hastalıktır. Demansın en sık nedeni Alzheimer hastalığıdır. Demans, bilişsel gerileme ile karakterize edilen bir dizi hastalık için bir şemsiye terimdir. Alzheimer hastalığı ise, bu şemsiye altındaki en yaygın bunama türüdür. Alzheimer hastalığı, demanslı tüm vakaların neredeyse üçte ikisini oluşturmaktadır. Longley Marcus/ Warner Morton, Alzheimer's disease: an introon to the issues, Radcliffe Medical Press, 2002, s. 1; ÖZKAN Hülya/ ÜSTÜNDAĞ Ayten, "Alzheimer hastalığında demans düzeyinin vücut kompozisyonuna ve bazal metabolizma hızına etkisi", Pamukkale Medical Journal 14/1 (Ocak 2021), s. 202.

<sup>4</sup> Test için bkz. <https://www.oxfordmedicaleducation.com/geriatrics/mini-mental-stat-e-examination-mmse/>, erişim tarihi: 21.02.2021.

<sup>5</sup> GÜLMEZ vd., s. 34.

Hastalık çoğunlukla 65-70 yaşları sıralarında başlamakta ve sinsî bir şekilde ilerlemektedir<sup>6</sup>. Alzheimer vakaları genellikle yakın bellek bozukluğu ile başlamaktadır<sup>7</sup>. Bu kapsamda, Alzheimer hastaları genel olarak üç evreye ayrılmaktadır: *Erken evrede*, hastada, yeni bir bilginin öğrenilmesinde güçlük, unutkanlık başlangıcı, sözcük bulmada zorluk, zamanı şaşırma görülür. Ancak yine de bu evrede hastaların bağımsız olarak iş görebildiği söylenebilir. *Orta evrede*, hastada, yeni bilgi öğrenme yetisi kaybolmuştur; hasta erken evreye nazaran daha unutkanır. Ev dışına çıkınca kaybolma vakaları görülür. *Geç evrede*, hastanın yaşamı tümünden bağımlıdır; hasta anlamsız sözcükler kullanır ve anlamsız sesler çıkarabilir. Bu evrede zihinsel işlevler ileri derecede gerilemiştir<sup>8</sup>.

## B. FİİL EHLİYETİ

### 1. Genel Olarak

Fiil ehliyeti, kişinin kendi fiilleri ile hak sahibi olma, borçlanabilme ve kendisini sorumluluk altına sokabilme ehliyetidir<sup>9</sup>. Başka bir anlatımla kişinin herhangi bir yasal temsilcinin aracılığına gerek kalmaksızın, kendi eylemi ile kendisi için hukuksal sonuçlar doğurabilmesine fiil ehliyeti denir<sup>10</sup>.

TMK m. 10, fiil ehliyetinin şartlarını saymış olup, ayırt etme gücüne sahip, kısıtlanmamış her ergin kişinin fiil ehliyetine sahip olduğunu belirtmiştir.

Fiil ehliyeti iki açıdan ele alınabilir: Hukuki işlem ehliyeti ve hukuka aykırı eylemlerden sorumlu olma ehliyeti. Ancak burada şu husus eleştirilmelidir: Fiil ehliyeti sadece hukuki işlem yapılırken değil, hukuka uygun bütün eylemlerde aranır. Bu bakımdan bu terimi kullanmak yanlış olacaktır. Öyle ki fiil ehliyetinin bu görünümü, hukuki işlem ehliyeti ile birlikte tasarruf ehliyeti ve dava ehliyetini de kapsayan geniş bir çerçeveye oturmaktadır<sup>11</sup>.

<sup>6</sup> EKER Engin "Alzheimer Hastalığı", İ.Ü. Cerrahpaşa Tıp Fakültesi Sürekli Tıp Eğitimi Etkinlikleri, Sempozyum Dizisi No: 62, Mart 2008, s. 90, <http://www.ctf.edu.tr/s/tek/pdfs/62/6207.pdf>, erişim tarihi: 25.02.2021.

<sup>7</sup> SELEKLER Kaynak, "Alois Alzheimer ve Alzheimer Hastalığı", Türk Geriatri Dergisi, Özel Sayı 3, 2010, s. 10.

<sup>8</sup> GÜLMEZ vd., s. 32.

<sup>9</sup> HATEMİ Hüseyin, Kişiler Hukuku, İstanbul, 2021, s. 15; DURAL Mustafa / ÖĞÜZ Tufan, Kişiler Hukuku, İstanbul, 2016, s. 47, N. 224.

<sup>10</sup> SEROZAN Rona, Medeni Hukuk Kişiler Hukuku, İstanbul, 2015, s. 429.

<sup>11</sup> DURAL/ÖĞÜZ, s. 50, N. 239.

## 2. Fiil Ehliyetinin Şartları

### a. Ergin Olma (*Mündigkeit*)

Belirli bir yaşa ulaşmaya veyahut kanunen ya da mahkeme kararı ile o yaşa gelmiş sayılmaya erginlik denir<sup>12</sup>. Kural olarak erginlik onsekiz yaşın doldurulması ile kazanılır. Fakat bunun dışında iki istisnai erginlik kazanma yolu da mevcuttur. Bunlardan biri evlenme yoluyla kazanılan erginlik, bir diğeri ise hâkim kararı ile kazanılan erginliktir.

### b. Kısıtlı Olmama (*nicht entmündigt werden*)

Kısıtlanan kimseye vasi atanır. Kısıtlama sebepleri TMK m. 405 ve 408 arasında sayılmış olup, ayırt etme gücüne sahip ergin kişilerde fiil ehliyetinin sınırlandırılması sonucunu doğurur. Akıl hastalığı veya akıl zayıflığı, savurganlık, alkol veya uyuşturucu madde bağımlılığı, kötü yaşama tarzı, kötü yönetim, bir yıl veya daha uzun süreli özgürlüğü bağlayıcı bir cezaya mahkûm olmak kısıtlama sebeplerindedir. Kişinin ayırt etme gücü yoksa sınırlı ehliyetli bile değil, tam ehliyetsiz kesime girmiş olacaktır.

### c. Ayırt Etme Gücüne Sahip Olma (*Urteilsfähigkeit*)

Ayırt etme gücü, kişinin eylemlerinin sebep ve sonuçlarını kavrayabilme ve buna uygun -makul surette- hareket edebilme yeteneğidir<sup>13</sup>. TMK m. 13 ise bir tanım yapmak yerine ayırt etme gücünü ortadan kaldıran sebepleri saymıştır. Yaş küçüklüğü, akıl hastalığı, akıl zayıflığı, sarhoşluk ve bunlara benzer sebepler bu maddede sayılan sebeplerdendir.

Alzheimer hastalığı bu sebepler arasında sayılmamıştır. Ancak pek tabii ki kanun hemen her hususu yazmak sureti ile düzenleme yoluna gitmez. Alzheimer hastalığı bizim de katıldığımız görüşe göre, *buna benzer sebeplere* dâhil edilebilecek bir sebeptir<sup>14</sup>. Ancak bir başka görüş buna benzer sebeplerden anlaşılması gereken şeyin sarhoşluk ve buna benzer sebepler olduğunu dile getirmektedir<sup>15</sup>. O halde bu görüşe göre

<sup>12</sup> DURAL/ÖĞÜZ, s. 52, N. 259; OĞUZMAN M. Kemal / SELİÇİ Özer / OKTAY ÖZDEMİR Saibe, *Kişiler Hukuku*, İstanbul, Filiz Kitabevi, 19. Bası, 2020, s. 67, N. 189.

<sup>13</sup> DURAL/ÖĞÜZ, s. 57, N. 287; HATEMİ, s. 22; ERKAN Vehbi Umut/YÜCER İpek, "Ayırt Etme Gücü", *AÜHFD*, 60 (3) 2011, s. 488.

<sup>14</sup> HATEMİ, s. 22.

<sup>15</sup> ERKAN/YÜCER, s. 494.

Alzheimer hastalığı *akıl zayıflığı* sebebinin içine oturacaktır<sup>16</sup>. Bu tasniflendirme ve sebebe dayandırma işlemi aslında gereksizdir. Öyle ki Alzheimer hastalığının ayırt etme gücünü kısmen veya tamamen ortadan kaldırdığı görülmektedir. Bu konuda bir görüş şöyle bir açıklama getirmiştir: Ayırt etme gücü ile ilgili olarak, tanım oluşturma gayreti büyük ölçüde anlamsızdır, çünkü her zaman altta yatan nedenden bağımsız olarak ayırt etme gücünün varlığının ya da yokluğunun belirlenmesi gerekir<sup>17</sup>.

### i. Ayırt Etme Gücünün Tanımı

Ayırt etme gücü, kişinin akla uygun, makul surette hareket edebilme yeteneği olarak tanımlanabilir. Daha geniş bir tanımla, ayırt etme gücü, kişinin kendi hakkında şuur sahibi olması, zaman ve mekân algısına sahip olması, kavramlar arasında geçiş yapabilmesi ve bağlantı kurabilmesi, davranışlarının sonuçlarını öngörebilmesi gibi özelliklerin birleşiminden oluşur.

Ayırt etme gücü (*die Urteilsfähigkeit*), eski Medeni Kanunumuzda “*temyiz kudreti*” olarak anılmıştır. Medeni Kanunumuzda ise ayırt etme gücü 13. maddede düzenlenmiş ve eski Medeni Kanunumuza paralel bir düzenleme getirilmiştir. TMK m. 13’e göre, “*Yaşının küçüklüğü yüzünden veya akıl hastalığı, akıl zayıflığı, sarhoşluk ya da bunlara benzer sebeplerden biriyle akla uygun biçimde davranma yeteneğinden yoksun olmayan herkes, bu Kanuna göre ayırt etme gücüne sahiptir*”.

Ayırt etme gücü, fiil ehliyetinin öznel bir ön koşulu olarak, erginlik ile yani fiil ehliyetinin nesnel ön koşulu ile karşılaştırıldığında çok daha önemli bir yere sahiptir. Erginliğin yokluğunda bazı eylemler hala yasal olarak sonuçlar doğurabilse de, ayırt etme gücünün yokluğu halinde eylemlerin hukuki bir etkisi yoktur<sup>18</sup>.

<sup>16</sup> Aynı görüşte bkz. KILIÇOĞLU Ahmet, Medeni Hukuk, Turhan Kitabevi, Ankara, 2019, s. 223; ERDOĞAN İhsan/ KESKİN A. Dilşad, Türk Medeni Hukuku, Adalet Kitabevi, Ankara, 2022, s. 244; OĞUZMAN M. Kemal / SELİÇİ Özer / OKTAY ÖZDEMİR Saibe, Kişiler Hukuku, İstanbul, Filiz Kitabevi, 19. Bası, 2020, s. 59, N. 172.

<sup>17</sup> PEDRAZZİNİ Mario/ OBERHOLZER Niklaus, Grundriss des Personenrechts, 1993, s. 75.

<sup>18</sup> HAUSHEER Heinz/ MÜLLER Regina Aebi, Das Personenrecht des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, 4. Auflage, 2016, § 6, s. 45.

## ii. Ayırt Etme Gücünün Nisbiliği

Ayırt etme gücünün nisbiliğinden anlaşılması gereken, ayırt etme gücünün varlığı ya da yokluğunun genel olarak değil, belirli bir kişi ya da davranışa-işleme göre veyahut zamana göre tespit edilmesidir. Örneğin, bir kimse basit günlük işler için ayırt etme gücüne sahipken, anlaşılması güç tıbbi bir konuda ayırt etme gücüne sahip olmayabilir<sup>19</sup>. Yasa, Roma'daki gibi ergenliği ya da Almanya'daki gibi belirli bir yaş<sup>20</sup> ölçüt almamış, her olayda ayırt etme gücünün değerlendirilmesini istemiştir<sup>21</sup>.

Alzheimer hastalarının ayırt etme gücüne sahip olup olmadığının her olayda ayrı ayrı incelenmesi gerekir. Bu tespit ancak Adli Tıp Kurumu tarafından, hekimler tarafından yapılabilir<sup>22</sup>. Değerlendiren doktorlar ayırt etme gücünün varlığı ya da yokluğunu teşhis etme yükümü altındadır. Bu teşhisi şiddetli geç evre Alzheimer hastaları için sağlamak nispeten kolaydır<sup>23</sup>. Ancak erken evre Alzheimer hastalarında bunun tespiti kolay olmamaktadır.

Adli Tıp Kurumunun verdiği rapor yol göstericidir ancak hâkimi bağlamaz. Hâkim rapordaki gerekçeleri değerlendirmelidir. Gerekliyse hâkim Adli Tıp Kurumunun vardığından farklı bir sonuca da varabilir<sup>24</sup>.

## iii. Ayırt Etme Gücünün Varlığının Karine Oluşu

Ayırt etme gücünün varlığı karinedir. Kişinin akla uygun biçimde hareket etmesi genel hayat tecrübelerine göre asıldır. Bu sebeple aksini iddia eden bunu ispatla yükümlü olacaktır<sup>25</sup>. Buna karşılık ayırt etme gücünün her vakit ve tüm olaylar açısından mevcut olduğu söylenemez. Bir kimse belirli bir olayda akla uygun davranma yeteneğini geçici surette kaybetmiş olabilir. Örneğin alkolün etkisinde vasiyetname hazırlamış olabilir. Bu halde ayırt etme gücünden yoksun olduğu görülür.

<sup>19</sup> HÜRLİMAN/ TRACHSEL, s. 80.

<sup>20</sup> BGB § 104, BGB işlem ehliyetsizliği başlığı altında "yedi yaşını tamamlamış olmayı" aramaktadır.

<sup>21</sup> SEROZAN, s. 430.

<sup>22</sup> Yarg. 1 HD. 02.07.2020, E. 4189, K. 3424; Yarg. 1 HD. 12.06.2012, E. 2796, K. 7108; Yarg. 14 HD. 21.10.2015, E. 14244 K. 9334, <https://www.sinerjimevzuat.com.tr>.

<sup>23</sup> HÜRLİMAN/ TRACHSEL, s. 82.

<sup>24</sup> OĞUZMAN/ SELİÇİ/ OKTAY-ÖZDEMİR, s. 66, N. 188.

<sup>25</sup> DURAL/ÖĞÜZ, s. 61, N. 309; ERDOĞAN/ KESKİN, s. 246.

Ayırt etme gücünün karine olduğu kanunda düzenlenmiş değildir. Bu husus, ayırt etme gücüne sahip olmanın asıl, sahip olmamanın ise istisna olduğuna ilişkin hayat tecrübelerinden çıkmaktadır.

### C. ALZHEİMER HASTALARININ FİİL EHLİYETİNİN TESPİTİNİN ÖNEMİ

Duruma Tıp Hukuku açısından bakılırsa, Alzheimer hastalarının ayırt etme gücü ve fiil ehliyeti şu soruları yanıtlamak için önemlidir:

1. Bir hasta tedaviyi kabulde ve tedaviye devamda veyahut tedaviyi reddetme kararını kendisi verebilir mi <sup>26</sup>?

2. Ayırt etme gücüne sahip olmayan Alzheimer hastası ile ilgili araştırma projesi yürütülebilir mi?

3. Ayırt etme gücünü etkileyen hücreler çıkarılabilir mi? (Trasplantation)<sup>27</sup>

Bu çalışmada ise Alzheimer hastalarının fiil ehliyetini günlük hayatta en çok karşımıza çıkacak problemler bağlamında çözmeye gayret edilecektir. Bu kimselerin kısıtlanması, yaptıkları hukuki işlemlerin geçerliliği ve hukuka aykırı eylemlerinden sorumluluğu gibi konular üzerinde durulacaktır.

#### 1. Hukuki İşlem Ehliyeti

##### a. Borçlandırıcı İşlemler ve Tasarruf İşlemlerinin Geçerliliği

Ayırt etme gücünden yoksun kişilerin hukuki işlem ehliyetleri kural olarak mevcut değildir<sup>28</sup>. Yasal temsilcinin bu konuda icazeti olsa dahi bu işlem kesin hükümsüz olacaktır. Tam ehliyetsiz bir kimsenin hukuki işlemlerini yasal temsilcinin bizzat kendisi yapacaktır<sup>29</sup>.

<sup>26</sup> Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. OKTAY-ÖZDEMİR Saibe, "Ayırt Etme Gücü Bulunmayan Yetişkinlere Yapılacak Tıbbi Müdahalelere Onay Konusunda İsviçre Hukukunda Yapılan Değişiklikler", Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 11, S. 145-146, 2016, s. 229.

<sup>27</sup> HÜRLİMAN/ TRACHSEL, s. 83.

<sup>28</sup> Ölümüne bağlı tasarruflarda ve evlenmede kesin hükümsüzlük yaptırımı işlemin yapıldığı andan itibaren ve kendiliğinden ortaya çıkmaz. Bu işlemlerin geçersizliği için hâkim kararı gerekecektir. HATEMİ, s. 28.

<sup>29</sup> OĞUZMAN/ SELİÇİ/ OKTAY-ÖZDEMİR, s. 89, N. 271; ERDOĞAN İhsan/ KESKİN A. Dilşad, Türk Medeni Hukuku Başlangıç Hükümleri -Kişiler Hukuku, Ankara, 2022, s. 256; AKÇAAL Mehmet, Medeni Hukuk, Ankara, Yetkin Yayınları, 2022, s.63.



Kanunda gösterilen ayırık durumlar saklı kalmak üzere, ayırt etme gücü bulunmayan kimsenin fiilleri hukukî sonuç doğurmaz (TMK m. 15). Buna göre, hukuki sonucun doğması için tam ehliyetsiz kimsenin fiiline gerek olmayan hallerde TMK m. 15, tam ehliyetsizin hak sahibi olmasını engellemez. Örneğin, tam ehliyetsiz kimse, işleme ya da karışma veyahut birleşme yoluyla bir taşının mülkiyetini kazanabilir. Çünkü bu hallerde kanun maddi bir fiile (işleme, karışma, birleşme) hukuki sonuç bağlamaktadır<sup>30</sup>. Bazen de ayırt etme gücü bulunmayan ile işlem yapan karşı tarafın, işlemin kesin hükümsüzlüğünü ileri sürmesi hakkın kötüye kullanılmasını oluşturabilir. Bu noktada verilen klasik örnek şudur: Ayırt etme gücüne sahip olmayan bir kişinin satın aldığı piyango biletine isabet eden ikramiyenin, satışın batıl olduğu gerekçesi ile ödenmek istenmemesi hakkın kötüye kullanılması olarak adlandırılacaktır. Bu halde, söz konusu işlem geçerliymiş gibi hüküm doğuracaktır.

Sınırlı ehliyetsizler adına yasal temsilcinin yapamayacağı işlemler tam ehliyetsizin yasal temsilcisi için de evleviyetle geçerlidir. Bunlar TMK m. 449'da sayılmıştır: Kefil olunması, vakıf kurulması ve önemli bağışta bulunulması yasak işlemlerdendir. Eğer bu işlemler tam ehliyetsiz veya onun adına yasal temsilcisi tarafından yapılırsa yine kesin hükümsüz olacaktır.

Dava esnasında, taraflarca ileri sürülmemiş olsa bile, hâkim kesin hükümsüzlüğü re'sen göz önünde tutmalıdır<sup>31</sup>.

Hakkında kısıtlama kararı bulunan erken evre Alzheimer hastaları sınırlı ehliyetsiz sayılacağından borçlandırıcı ve tasarruf işlemlerinin geçerliliğinin sınırlı ehliyetsizler bakımından da incelenmesi gereklidir. Ayırt etme gücüne sahip küçükler ve kısıtlılar, yasal temsilcilerinin rızası olmadıkça, kendi işlemleriyle borç altına giremezler (TMK m. 16). İlgili hüküm sadece borç altına girmeyi düzenleyen bir hüküm olmayıp, işlem ehliyetini kastetmektedir. Bu bakımdan borçlandırıcı işlemlerle birlikte tasarruf işlemleri de söz konusu maddenin kapsamındadır<sup>32</sup>.

İzin alınmadan yapılan işlemin hüküm ifade edebilmesi yasal temsilcinin onayına bağlıdır. Onay verilip verilmeyeceği bilinmediği dö-

<sup>30</sup> DURAL/ÖĞÜZ, s. 72, N. 368.

<sup>31</sup> KOCAYUSUFPAŞAOĞLU Necip, Borçlar Hukuku Genel Bölüm Cilt 1, İstanbul 2014, § 43, s. 586.

<sup>32</sup> OĞUZMAN/SELİÇİ/ OKTAY-ÖZDEMİR, s. 97, N. 294.

nemde işlem askıda hükümsüzdür. Yasal temsilci onay vermezse işlem kesin hükümsüz olacaktır.

Kesin hükümsüzlük, ilgili herkes tarafından her zaman ileri sürülebilir. Açılmış davada hiç kimse kesin hükümsüzlüğü ileri sürmemiş olsa bile hâkim kendiliğinden kesin hükümsüzlüğü göz önünde bulundurmalıdır<sup>33</sup>.

### b. Ölümüne Bağlı Tasarrufun İptali

Mirasbırakanın ölümünden sonra sonuçlar doğurmak üzere yaptığı hukuki işlemlere ölümüne bağlı tasarruflar denir<sup>34</sup>. Ölümüne bağlı tasarruflar birer hukuki işlem olup, kişinin malvarlığını değil terekesini etkiler. Kanun bu tasarrufların gerçekleşmesi şekli açısından iki şekil öngörmüştür: Vasiyetname ve miras sözleşmeleri. Her iki tasarruf açısından mirasbırakanın ayırt etme gücüne sahip olması gereklidir. İşte bu sebeple Alzheimer hastalarının vasiyetname yapma ehliyetleri ve miras sözleşmesi yapma ehliyetleri incelenmelidir.

TMK m. 557 b.1' e göre ölümüne bağlı tasarrufu yapan kimse tasarruf anında ayırt etme gücüne sahip değilse, tasarruf iptal edilebilir. Tasarrufu yaparken ayırt etme gücüne sahip kişi sonra ayırt etme gücünü kaybederse, bu tasarrufun geçerliliğini etkilemez. Aynı şekilde, tasarrufu yapan kişinin sonradan ehil hale gelmesi de tasarrufu geçerli hale getirmez<sup>35</sup>.

Resmi vasiyetnamelerde, noterler gelen kişinin ayırt etme gücünden şüphe duyuyorsa hekim raporu isteyebilir<sup>36</sup>. Noterin doktor raporu istemediği durumda ayırt etme gücünün varlığı kabul edilmiş varsayılır.

<sup>33</sup> OĞUZMAN M. Kemal / ÖZ M. Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt 1, İstanbul, 2020, s. 185, N. 546.

<sup>34</sup> Burada her ne kadar tasarruf kelimesi kullanılmış olsa da bu ifade sağlararası tasarruftaki "tasarruf" kelimesinden ayrı ve geniş düşünülmelidir. İsviçre Hukukunda *Anordnung* kelimesi tercih edilmiştir. Öyle ki bu emir, arzular mirasçı atama şeklinde olabileceği gibi, bir vakfın tesisi şeklinde de olabilir. Ayrıntılı bilgi için bkz. DRUEY Jean Nicolas, Grundriss des Erbrechts, 5. Auflage, Bern, 2002, § 11, s. 142; ARPACI Özge, "Mahkeme Kararları Işığında Ölümüne Bağlı Tasarruf ile Sağlararası Hukuki İşlemlerin Ayırımında Geliştirilen Kriterler", Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. XXIV, S. 1, 2020, s. 131.

<sup>35</sup> DURAL Mustafa/ Turgut Öz, Miras Hukuku, İstanbul, 2016, s. 57; ANTALYA Gökhan, Miras Hukuku, Ankara, 2021, s. 302, N. 1184; KILIÇOĞLU Ahmet, Miras Hukuku, Ankara, Turhan Kitabevi, 2015, s. 196.

<sup>36</sup> Hukuki İşlem Yapma Ehliyetine İlişkin Doktor Raporları 2.3.2016 tarihli Genelge No: 2.

Ancak aksi her zaman ispat edilebilir. Sonuç olarak aksi ispat edilinceye kadar yapılan bu resmi vasiyetname geçerlidir<sup>37</sup>. Miras sözleşmesinde de durum aynıdır. Miras sözleşmesi noter tarafından re'sen düzenlenir. Noter gelen kişinin ayırt etme gücünden şüphe duyuyorsa hekim raporu isteyebilir.

Hâkim de ayırt etme gücünün bulunmadığı iddiaları karşısında bu iddiayı araştırmak ile mükelleftir. Bu araştırma ve tespit ancak tıbbi incelemeyle mümkündür. Adli Tıp, kanıtları toplayarak ölüme bağlı tasarrufun yapıldığı tarihte ayırt etme gücünün yerinde olup olmadığını araştırır<sup>38</sup>.

## 2. Hukuka Aykırı Fiillerden Sorumluluk

Borçlar Hukukuna hâkim olan ilkelerden olan kusur ilkesinde hukuka aykırı fiillerden sorumlu olma ehliyeti, ayırt etme gücünün varlığına dayanmaktadır. Kanunda düzenlenen ayırık durumlar dışında ayırt etme gücüne sahip olmayan Alzheimer hastalarının hukuka aykırı fiillerden sorumluluk ehliyetleri yoktur<sup>39</sup>. Bu ayırık haller kusursuz sorumluluk hali, hakkaniyet ilkesinin gerektirdiği (TBK m. 65) hallerdir. Bu hallerde tam ehliyetsiz Alzheimer hastası giderim borcu altına girebilecektir. Öte taraftan erken evre Alzheimer hastası kısıtlanmış sınırlı ehliyetsiz ise hukuka aykırı eylemlerinden sorumlu olacaktır.

Alzheimer hastalarının hukuka aykırı eylemlerinden sorumlulukta düşünülmesi gereken son bir nokta ayırt etme gücünün derecelendirilmesi olabilir. Ayırt etme gücünün derecelendirilmesinden kast edilen, tazminat miktarının belirlenmesinde bir derecelendirme yapılabilir mi sorusudur. Yoksa bir insan ayırt etme gücüne ya sahiptir ya da değildir, bu tartışılmamaktadır. Başka bir ifade ile fiilin işlenmesinde ayırt etme gücü ya vardır ya da yoktur. Ancak acaba fiilin sonucu bakımından bir derecelendirmeye gitmek olanaklı mıdır<sup>40</sup>?

Federal Mahkeme bir kararında motorlu taşıtı çalınan mal sahibini, hırsızlıktan haberdar olmayan bir yardımcı sürücüyü (16 yaşında bir

<sup>37</sup> ÖZTAN Bilge/ ÖZTAN Fırat, "Ölüme Bağlı Tasarruflara İlişkin Medeni Kanun'daki ve Noterlik Kanunu'ndaki Şekil Şartları", AÜHFD, 65 (4), 2016, s. 3595.

<sup>38</sup> KILIÇOĞLU, Miras, s. 112.

<sup>39</sup> OĞUZMAN M. Kemal /M. Turgut Öz, Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt 2, İstanbul, 2020, s. 60, N. 164.

<sup>40</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz. KOÇHİSARLIOĞLU Cengiz, "Kusur İşleme Ehliyeti Olarak Ayırt Etme Gücünün Haksız Eylem Alanında Derecelendirilmesi", AÜHFD, C. 53, S. 4, 2004, s. 2.

genç) karşı sorumlu tutmuştur. Federal mahkeme, Kantonal mahkemenin, davacının tazminat hakkını görmeyerek yanlış karar verdiğini belirtmiştir. Sürücünün hatası ve bir motorlu taşıtın kullanımından kaynaklanan risk göz önüne alındığında, yalnızca tazminat miktarında bir indirim dikkate alınabilir. İndirimin kapsamını da belirlemek için, kanton yargıçları bir yandan davacının- yaralı tarafın- yaşının küçük olması nedeniyle sübjektif olarak hafifletilen kusurunu, diğer yandan da yardımcı sürücü olarak daha ciddi kusurunu tartmak zorunda kalacaklardır<sup>41</sup>.

Kanaatimizce, Alzheimer hastasının sorumluluğunun varlığı değil de, sorumluluğunun sonuçları açısından, özellikle tazminat sorumluluğu bakımından kusurun ağırlığı ayırt etme gücünün derecesine göre belirlenmelidir<sup>42</sup>. Somutlaştırmak gerekirse, tazminat miktarı belirlenirken ayırt etme gücüne sahip olduğu belirtilen bir Alzheimer erken evre hastasının kusuru hafifletilmelidir. Biliyoruz ki, objektif kusur anlayışında bu yorum tarzına izin verilmez. Bu görüş, olsa olsa sübjektif kusur anlayışı bağlamında savunulabilir<sup>43</sup>. Ancak hemen belirtelim ki, geçici koşullar, örneğin geçici bir kaygı veya heyecan durumu bu kapsamda değerlendirilmemeli; yaş (Yukarıda bahsi geçen Federal Mahkeme Kararında olduğu gibi.) ve Alzheimer hastalığı gibi istisnai durumlar belki bu bağlamda düşünülmelidir.

İsviçre Hukukunda uygulamada, ergin olmayan küçüklerin kusuru, genel olarak, ayırt etme gücüne sahip olmalarına rağmen, bu güce “tam” olarak sahip yetişkinlerin kusuruna oranla, daha bir yumuşak değerlendirilmekte, daha hafif görülmektedir<sup>44</sup>. Aynı esas belki erken evre Alzheimer hastaları için de olanaklı olabilir.

<sup>41</sup> BGE 124 III 182.

<sup>42</sup> TBK m. 51: Hâkim, tazminatın kapsamını ve ödenme biçimini, durumun gereğini ve özellikle kusurun ağırlığını göz önüne alarak belirler.

<sup>43</sup> Kusurun objektifleştirilmesinde, failin sübjektif nitelikleri dikkate alınmaz. Failin normal tipin davranışından sapmaması beklenir. Buna “örnek-model davranış teorisi” de denir. Ayrıntılı bilgi için bkz. OĞUZMAN/ ÖZ, Borçlar Genel C. 2, s. 60, N. 163. Akdi sorumluluk alanında, özellikle borçlunun kişisel vasıflarının öne çıktığı akitlerde, kusur sübjektifleşebilir. Haksız fiil alanında ise objektif kusur esası vardır. HATEMİ Hüseyin/ GÖKYAYLA Emre, Borçlar Hukuku Genel Bölüm, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2021, s. 157.

<sup>44</sup> KOÇHİSARLIOĞLU, s. 5.

Subjektif kusur anlayışının kabul edilmesinin pratikte sakıncaları doğduğu için kusur objektifleştirilmiştir<sup>45</sup>. Objektif kusur teorisinde aynı şartlar altında bulunan makul, güvenilir ve ortalama bir kişiden beklenen davranış arayışı söz konusudur. Yalnız bu noktada akli melekelerindeki kısmi noksanlığın tesiri ile erken evre Alzheimer hastası irade kuvvetini kaybedebilir veya doğru kullanamayabilir. Somut olaydaki bu durumu hiç gözetmeyerek tamamen objektif kusur anlayışı ile ayırt etme gücünün varlığına veya yokluğuna hükmetmek somut olay adaletini sağlamayacaktır<sup>46</sup>. Burada en azından yapılması gereken kusuru hafifleterek tazminat sorumluluğunu buna göre belirlemek olacaktır.

### 3. Vasi Tayini

Kısıtlanması öngörülen ayırt etme gücüne sahip olmayan bireylerin korunmaları, mallarının yönetimi ve temsillerinin sağlanması için vasi atanması öngörülebilir. Vasi, mahkeme kararı ile atanır. Akıl hastalığı veya akıl zayıflığı sebebiyle kısıtlamaya ancak resmî sağlık kurulu-Adli Tıp Kurumu raporu üzerine karar verilir (TMK m. 409/2). Kanununun lafzının aksine bu karar hâkim için bağlayıcı olmayıp, yol göstericidir<sup>47</sup>.

Vesayet hukukunda çok önemli bir ilke var ki hâkim kararını verirken muhakkak bu ilkeyi göz önünde tutmalıdır: Kişiye yönelik müdahaleler, müdahaleden beklenen amacı sağlamaya yönelik olmalıdır. Bu amacı aşan müdahaleler orantılılık ilkesine aykırı olacaktır<sup>48</sup>. Bu sebeple hâkimin özellikle hafif seyreden Alzheimer hastaları için en ağır önlemi alması kişinin fiil ehliyetini kısıtlayabileceği gibi, vesayet kurumunu kötüye kullanmak isteyenlere karşı açık kapı bırakacaktır<sup>49</sup>. Ayrıca kişinin henüz ayırt etme gücünü kaybetmediği dönemde, kendi ka-

<sup>45</sup> Kişiler kendi yetenekleri, akli ve iradi kuvvetleri değerlendirilerek verdikleri zarardan sorumlu tutulurlarsa, bu diğer fertlerin emniyetsizliğine sebep olabilir.

<sup>46</sup> Aynı Görüşte bkz. KORKMAZ Fırat, Türk Borçlar Hukukunda Kusur İlkesinin Haksız Fiiller Açısından Değerlendirilmesi, Ankara, 2021, s. 91.

<sup>47</sup> DURAL Mustafa/ ÖĞÜZ Tufan / GÜMÜŞ Mustafa Alper, Türk Özel Hukuku Cilt 3, Aile Hukuku, İstanbul, 2016, s. 405.

<sup>48</sup> DURAL/ ÖĞÜZ/ GÜMÜŞ, s. 396; AKÇAAL Mehmet, "İsviçre Medenî Kanunu'na Göre Kayımlık Türleri", Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 20, S. 2, 2018, s. 73.

<sup>49</sup> Yarg. 1 HD. 08.12.1986, E. 12415, K. 12834, Bu kararda yasal danışman, taşınmaz alıcısı sıfatı ile yasal danışman sıfatını birleştirerek tam anlamı ile görevini kötüye kullanmıştır. KOÇ Nevzat, "Türk Medenî Kanunundaki Düzenlemeler Işığında Vesayet Hukukuna Genel Bir Bakış", Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 7, Özel Sayı, 2005, s. 110.

rarlarını verebilmesi gerekir. Söz gelimi gelecekteki tıbbi müdahalelere ilişkin kararlarını verebilmelidir. Tam bu noktada önemle belirtmek gerekir ki, TMK m. 405'e göre akıl zayıflığı nedeni kısıtlanmak için yeterli olmayıp, "işlerini göremeyen veya korunması ve bakımı için kendisine sürekli yardım gereken ya da başkalarının güvenliğini tehlikeye sokan kişi..." kısıtlanmalıdır<sup>50</sup>. Kişinin kısıtlanması her zaman son çare olarak görülmelidir<sup>51</sup>.

Kısıtlama kararı tam ehliyetli Alzheimer hastasının ehliyetini sınırlar ve onu sınırlı ehliyetsiz hale getirir<sup>52</sup>. Kısıtlama kararı, kesinleşince hemen kısıtlının yerleşim yeri ile nüfusa kayıtlı olduğu yerde ilân olunur (TMK m. 410/1).

#### 4. Dava Ehliyeti

Tarafların açılmış veya açılacak davalarda, usul işlemlerini bizzat veya temsilcileri aracılığı ile yapmak ehliyetini haiz olmalarına dava ehliyeti denir. Dava ehliyeti<sup>53</sup>, medenî hakları kullanma ehliyetine göre belirlenir (HMK m. 51). Fiil ehliyetine sahip olan bir kimse, bir davada kendi adına usul işlemleri yapabilir.

Fiil ehliyetinin şartlarından herhangi birini taşımayan gerçek kişinin usul işlemleri bu kişinin kanuni temsilcisi tarafından gerçekleştirilir (HMK m. 52).

Ayırt etme gücü bulunmayan kişilerin dava ehliyetleri yoktur. Dava açıldığında dava ehliyeti bulunan kişi daha sonra ayırt etme gücünden yoksun olursa, HMK m. 56 devreye girecektir<sup>54</sup>. Taraflardan birinin vesayet altına alınması veya kendisine yasal danışman atanması talebi mahkemece uygun bulunur ya da mahkemece gerekli görülürse, bu konuda kesin bir karar verilinceye kadar yargılama ertelenebilir. Sözgelimi erken evre Alzheimer hastasının dava açıldıktan sonra ayırt etme gücünü kaybederek diğer evrelere (orta-geç) geçmesi durumunda,

<sup>50</sup> KILIÇOĞLU Ahmet, Aile Hukuku, Turhan Kitabevi, Ankara, 2017, s. 565; DURAL/ ÖĞÜZ/ GÜMÜŞ, s. 400.

<sup>51</sup> OĞUZMAN/ SELİÇİ/ OKTAY-ÖZDEMİR, s. 75, N. 219.

<sup>52</sup> DURAL/ ÖĞÜZ/ GÜMÜŞ, s. 399.

<sup>53</sup> Medenî haklardan yararlanma ehliyetine sahip olan, davada taraf ehliyetine de sahiptir (HMK m. 50). Taraf ehliyeti, medeni hukuktaki hak ehliyetinin usul hukukundaki karşılığıdır. Dava ehliyeti ise, medeni hukuktaki fiil ehliyetinin karşılığı olup kişinin usul işlemlerini kendi adına yapabilmesini ifade eder.

<sup>54</sup> BUDAK Ali Cem/ KARAASLAN Volkan, Medeni Usul Hukuku, Adalet Yayınevi, 2018, s. 99.

vesayet altına alınması veya kendisine yasal danışman atanması konusunda kesin bir karar verilinceye kadar yargılama ertelenebilir.

## SONUÇ

Alzheimer hastalığı genel olarak üç evreye ayrılmaktadır: Erken evrede, hastada, yeni bir bilginin öğrenilmesinde güçlük, unutkanlık başlangıcı, sözcük bulmada zorluk, zamanı şaşırma görülür. Ancak yine de bu evrede hastaların bağımsız olarak iş yapabildiği söylenebilir. Orta evrede, hastada, yeni bilgi öğrenme yetisi kaybolmuştur; hasta erken evreye nazaran daha unutkanlıktır. Evin dışına çıkınca kaybolma vakaları görülür. Geç evrede, hastanın yaşamı tümünden bağımlıdır; hasta anlamsız sözcükler kullanır ve anlamsız sesler çıkarabilir. Bu evrede zihinsel işlevler ileri derecede gerilemiştir.

Ayırt etme gücü, kişinin akla uygun, makul surette hareket edebilme yeteneği olarak tanımlanabilir. Fiil ehliyetinin bir şartı olarak ayırt etme gücü, doğuracağı sonuçlar bakımından Alzheimer hastalarında özellikle incelenmelidir.

Ayırt etme gücünün nisbiliği ilkesi Alzheimer gibi bir hastalığın evreleri ile birleşince hukuki sonuçlar da görünüm bakımından çeşitlenmektedir. Örneğin, vesayet önleminin hangi türünün/hangi derecesinin seçilmesi gerektiği hususu da bu çerçevede belirlenecektir. Bundan başka kanaatimizce, ayırt etme gücünün derecelendirilmesi sureti ile haksız fiil ehliyetinde tazminat miktarının belirlenmesinde bir rol oynayabilir. Sözgelimi tazminat miktarı belirlenirken ayırt etme gücüne sahip olduğu belirtilen bir Alzheimer erken evre hastasının kusuru hafifletilebilir. Son olarak, ayırt etme gücüne sahip Alzheimer hastasının kendi adına usul işlemlerini erken evrede yapabileceği (Bu evrede dava ehliyetine sahip olduğu), orta evre ve geç evrede kural olarak dava ehliyetine sahip olamayacağı düşünülmelidir.

## KAYNAKLAR

- AKÇAAL, Mehmet, "İsviçre Medenî Kanunu'na Göre Kayımlık Türleri", Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 20, S. 2, 2018, ss. 63-87.
- AKÇAAL, Mehmet, Medeni Hukuk, Ankara, Yetkin Yayınları, 2022.
- ANTALYA, Gökhan, Miras Hukuku, Ankara, Seçkin, 2021.
- ARPACI, Özge, "Mahkeme Kararları Işığında Ölüme Bağlı Tasarruf ile Sağlar Arası Hukuki İşlemlerin Ayrımında Geliştirilen Kriterler", Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. XXIV, S. 1, 2020, ss. 127-167.
- BUDAK Ali Cem/ KARAASLAN Volkan, Medeni Usul Hukuku, Adalet Yayınevi, 2018.
- DRUEY, Jean Nicolas, Grundriss des Erbrechts, 5. Auflage, Bern, 2002.
- DURAL, Mustafa / ÖĞÜZ, Tufan, Kişiler Hukuku, İstanbul, 2016.
- DURAL, Mustafa/ ÖĞÜZ, Tufan/ GÜMÜŞ, Mustafa Alper, Türk Özel Hukuku Cilt 3, Aile Hukuku, İstanbul, 2016.
- DURAL, Mustafa/ ÖZ, Turgut, Miras Hukuku, İstanbul, 2016.
- EKER, Engin, "Alzheimer Hastalığı", İ.Ü. Cerrahpaşa Tıp Fakültesi Sürekli Tıp Eğitimi Etkinlikleri, Sempozyum Dizisi No: 62, Mart 2008, <http://www.ctf.edu.tr/stek/pdfs/62/6207.pdf>, erişim tarihi: 25.02.2021.
- ERDEM, Mehmet, "Vasinin Göreve Başlaması ve Görevinin Sona Ermesi Aşamasında Vesayet Dairelerinin Görev ve Yetkileri", Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2017/2.
- ERDOĞAN, İhsan /KESKİN, A. Dilşad, Türk Medeni Hukuku, Ankara, Adalet Yayınevi, 2022.
- ERKAN, Vehbi Umut / YÜCER, İpek, "Ayırt Etme Gücü", AÜHFD, 60 (3) 2011.
- GÜLMEZ, Özge/ TÜMER, Ali Rıza / KARACAOĞLU, Emre / AKÇAN, Ramazan / ODABAŞI, Aysun, "Alzheimer Hastalığı'nda Fiil ehliyeti", Sürekli Tıp Eğitimi Dergisi, C. 23, S. 1, 2014, ss. 30-38.
- HATEMİ, Hüseyin, Kişiler Hukuku, İstanbul, Onikilevha, 2021.



- HATEMİ, Hüseyin/ GÖKYAYLA, Emre, Borçlar Hukuku Genel Bölüm, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2021.
- HAUSHEER, Heinz/ AEBİ, Müller Regina, Das Personenrecht des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, 4. Auflage, 2016.
- HÜRLİMAN, Daniel/ TRACHSEL, Manuel, Urteilsfähigkeit und Selbstbestimmte Entscheidungen, [https://www.alexandria.unisg.ch/248508/2/urteilsfaehigkeit\\_demenz.pdf](https://www.alexandria.unisg.ch/248508/2/urteilsfaehigkeit_demenz.pdf), erişim tarihi: 15.02.2021.
- KILIÇOĞLU, Ahmet, Aile Hukuku, Ankara, Turhan Kitabevi, 2017.
- KILIÇOĞLU, Ahmet, Medeni Hukuk, Ankara, Turhan Kitabevi, 2019.
- KILIÇOĞLU, Ahmet, Miras Hukuku, Ankara, Turhan Kitabevi, 2015.
- KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Necip, Borçlar Hukuku Genel Bölüm Cilt 1, İstanbul, 2014.
- KOÇ, Nevzat, "Türk Medenî Kanunundaki Düzenlemeler Işığında Vesayet Hukukuna Genel Bir Bakış", Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 7, Özel Sayı, 2005, ss. 99-120.
- KOÇHİSARLIOĞLU, Cengiz, "Kusur İşleme Ehliyeti Olarak Ayırt Etme Gücünün Haksız Eylem Alanında Derecelendirilmesi", AUHFD, C. 53, S. 4, 2004.
- KORKMAZ, Fırat, Türk Borçlar Hukukunda Kusur İlkesinin Haksız Fiiller Açısından Değerlendirilmesi, Ankara, Yetkin Yayınları, 2021.
- OĞUZMAN, M. Kemal / SELİÇİ, Özer / OKTAY-ÖZDEMİR Saibe, Kişiler Hukuku, İstanbul, Filiz Kitabevi, 19. Bası, 2020.
- OĞUZMAN, M. Kemal / ÖZ, M. Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt 1 ve Cilt 2, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2020.
- OKTAY-ÖZDEMİR Saibe, "Ayırt Etme Gücü Bulunmayan Yetişkinlere Yapılacak Tıbbi Müdahalelere Onay Konusunda İsviçre Hukukunda Yapılan Değişiklikler", Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 11, S. 145-146, 2016, ss. 223-243.
- ÖZKAN, Hülya / ÜSTÜNDAĞ, Ayten, "Alzheimer hastalığında demans düzeyinin vücut kompozisyonuna ve bazal metabolizma hızına

etkisi", Pamukkale Medical Journal 14 / 1 (Ocak 2021), ss. 201-207.

ÖZTAN, Bilge/ ÖZTAN, Fırat, "Ölüme Bağlı Tasarruflara İlişkin Medeni Kanun'daki Ve Noterlik Kanunu'ndaki Şekil Şartları", AÜHFD, 65 (4), 2016.

PEDRAZZİNİ, Mario / OBERHOLZER, Niklaus, Grundriss des Personenrechts, 1993.

SELEKLER, Kaynak, "Alois Alzheimer ve Alzheimer Hastalığı", Türk Geriatri Dergisi, Özel Sayı 3, 2010, ss. 9-14.

SEROZAN, Rona, Medeni Hukuk Genel Bölüm, Kişiler Hukuku, İstanbul, 2015.

<https://www.sinerjimevzuat.com.tr>

<https://www.jurix.com.tr>

<http://relevancy.bger.ch/>



## DOLANDIRICILIK SUÇUNDA HİLE VE HİLENİN ZAMANI

Prof. Dr. Berrin AKBULUT\*

### Öz

Dolandırıcılık suçu ülke mevzuatlarına geç girmiş bir suç türüdür. Türk hukukunda hem 765 sayılı Türk Ceza Kanununda (TCK) ve hem de 5237 sayılı Kanunda düzenlendiğini görmekteyiz. Dolandırıcılık suçunun oluşması için aranan unsurlardan biri de hiledir. Hilenin nasıl gerçekleştirileceği TCK'da tanımlanmamıştır. Doktrin ve uygulama tarafından belirlenmektedir.

Hilenin gerçekleştirildiği zaman dolandırıcılık suçunun oluşması açısından önemlidir. Dolandırıcılık suçu, yararın sağlanmasıyla tamamlandığından yararın sağlanmasına kadar gerçekleştirilen hile suçun oluşmasını sağlamaktadır.

### Anahtar Kelimeler

Dolandırıcılık • Hile • Yarar Sağlamak • Hilenin zamanı

## CHEATING AND THE TIME OF CHEATING IN THE CRIME OF FRAUD

### Abstract

The crime of fraud is a type of crime that has been included in the country's legislation late. In Turkish law, we see that it is regulated both in the Turkish Penal

\* Prof. Dr. Berrin Akbulut, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı | Asst. Prof., Selçuk University, Faculty of Law, Department of Criminal and Criminal Procedure Law, Konya, Turkey.

✉ bakbulut@selcuk.edu.tr • ORCID 0000-0001-8045-2784

✎ **Atıf Şekli** | Cite As: AKBULUT Berrin, "Dolandırıcılık Suçunda Hile ve Hilenin Zamanı", *SÜHFD.*, C. 30, S. 4, 2022, s. 2267-2301.

✎ **İntihal** | Plagiarism: Bu makale intihal programında taranmış ve en az iki hakem incelemesinden geçmiştir. | This article has been scanned via a plagiarism software and reviewed by at least two referees.

✎ Bu eser Creative Commons Atıf-GayriTicari 4.0 Uluslararası Lisansı ile lisanslanmıştır. | This work is licensed under Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License.



Code (TPC) No. 765 and in Code No. 5237. One of the element sought for the occurrence of fraud is cheating. How the cheating will be carried out is not defined in the TPC. It is explained by doctrine and court decisions.

The time the cheating is performed is important in terms of the occurrence of the fraud crime. Since the crime of fraud is completed with the provision of the benefit, the cheating carried out until the benefit is provided creates the crime.

### Key Words

Fraud • Cheating • Benefit • Time of Cheating

## GİRİŞ

Dolandırıcılık suçu, ekonomik suç kapsamında nitelendirilen bir suçtur. Teknolojide, ticaret ve sanayide yaşanan gelişmeler dolandırıcılık suçunun işlenmesini artırmakta ve küresel nitelik almasını sağlamaktadır. Dolayısıyla dolandırıcılık suçunun tarihi süreçle birlikte işlenme oranı artan bir suç türü olduğu söylenebilir. Günümüzde de en sık işlenen suçlardan biri olduğu belirtilmelidir<sup>1</sup>. İnsanların ekonomik hayatında yaşadığı zorluklar, teknolojik alanda yaşanan gelişmelerin fiillerin işlenmesini kolaylaştırması ve daha büyük miktarlarda kazanç elde etme imkânı sağlaması, hayatını hukuka aykırı yollardan elde ettiği kazançla sağlama isteği gibi nedenler dolandırıcılık suçunun işlenmesini sağlamaktadır.

Dolandırıcılık suçu 5237 sayılı TCK'nın özel hükümler kitabında kişilere ilişkin ikinci kısmın malvarlığına ilişkin onuncu bölümünde 157-159. maddelerde düzenlenmiştir. Dolandırıcılık suçunun oluşması için hileli davranışlarla bir kimseyi aldatıp tasarruf ettirilmesi ve bu tasarruf nedeniyle yarar sağlanması gerekmektedir. Dolayısıyla suçun oluşması için aranan ilk hareketi hile oluşturmakta, aldatma ve yarar sağlama hileye bağlı olarak gerçekleşmektedir.

Bu çalışmada dolandırıcılık suçunun oluşması için aranan hilenin neyi ifade ettiği ve hilenin hangi aşamaya kadar gerçekleştirilmesi halinde dolandırıcılık suçunun oluşacağı ifade edilecektir.

## I. GENEL OLARAK

Dolandırıcılık suçu kökenini hırsızlıktan almaktadır. Zira önce hırsızlık suçu cezalandırılmıştır<sup>2</sup>. Dolandırıcılık fiilinin diğer suçlardan

<sup>1</sup> Dolandırıcılık suçunun, ticaret ve sanayideki çağdaş ve küresel, karmaşık ekonomik ilişkilerin ortaya çıkardığı bir suç türü olduğuna ilişkin olarak Centel, Nur/Zafer, Hamide/Çakmut, Özlem, Kişilere Karşı İşlenen Suçlar (C. I), 4. Bası, İstanbul 2017, s. 491.

<sup>2</sup> Dönmezer, Sulhi, Kişilere ve Mala karşı Cürümler, 16. Bası, İstanbul 2001, s. 448.

bağımsız bir suç olarak nitelik kazanması uzun bir tarihi gelişim sonucunda olmuştur<sup>3</sup>. Aynı ve bağımsız bir suç olarak ilk defa 1810 tarihli Fransız Ceza Kanununda düzenlemiştir. Bu zamana kadar hileli hareketlerin cezalandırılması söz konusuysa da dolandırıcılık ismiyle bağımsız suç olarak kabul edilmesi söz konusu değildi<sup>4</sup>. Dolandırıcılık suçunun ilk izlerine Roma hukukunda “falsum” ve “furtum” müesseselerinde rastlanmaktadır. 2. yüzyılda fevkalade suçlar arasında yer alan Stellionatus’un bugünkü dolandırıcılık suçuna en yakın kavram olduğu belirtilmektedir. Zaman içinde hırsızlıktan ayırt etmek için tespitler yapılmışsa da dolandırıcılık kapsamında olan fiiller sahtekarlıkla karıştırılmıştır<sup>5</sup>. Dolandırıcılık fiili ilk olarak bu isimle Fransız Ceza Kanunuyla düzenlenmiştir.

Türk hukukunda dolandırıcılık fiilinin 1274 (1858) tarihli Kanunun 2. Babının 8. Faslıının 233. maddesinde düzenlediğini görmekteyiz<sup>6</sup>. 1274 tarihli Kanun<sup>7</sup> farklı tarihlerde değişikliklere uğramışsa da 765 sayılı Kanun yürürlüğe girinceye kadar uygulanmıştır<sup>8</sup>. Dolandırıcılık suçu 765 sayılı Kanunun ise 503. ve 504. maddelerde hükme bağlanmıştır<sup>9</sup>. 503.

- 
- <sup>3</sup> Önder, Ayhan, Şahıslara ve Mala Karşı Cürümler ve Bilişim Alanında İşlenen Suçlar, İstanbul 1994, s. 363.
- <sup>4</sup> Aydın, Devrim, “Dolandırıcılık Suçu”, <https://dergipark.org.tr/en/download/article-file/1910027>, s. 652 ve dipnot 4.
- <sup>5</sup> Önder, s. 363.
- <sup>6</sup> 233. madde: “Dolandırıcılık yolunda türlü hile ve desais imali ile bir adamın akça ya emlak veya tahvilat ve senedatını vesair eşyasını bir takrib elinden alan şahıs üç aydan üç seneye kadar hapis olunur ve kendisinden bir meci diye altınundan elli meci diye altınına kadar ceza-i nakdi dahi alınır ve memurin-i devletten ise bu cezalardan başka memuriyetten tard cezasına dahi müstehak olur”. 1274 tarihli Ceza Kanununun tam metni için bkz.: Gökçen, Ahmet, Tanzimat Dönemi Osmanlı Ceza Kanunları ve Bu Kanunlardaki Ceza Müeyyideleri, İstanbul 1989, s. 117 vd.
- <sup>7</sup> 1274 tarihli Kanun, hem kaynakları şeri hükümlerle ilişkisi nedeniyle hem de tatbik şekliyle en çok tartışmaya yol açan Kanun olduğu ifade edilmektedir. Bazıları Fransız Ceza Kanununun yanlış tercümesi olduğunu, bazıları ise nerede uygulanacağı belli olmayan bir kanun olduğunu, bazıları ise bu görüşlerin doğru olmadığını, kanunun şeri hükümlere aykırı olmasının söz konusu olmadığını belirtmektedirler. Bkz.: Akgündüz, Ahmet, “Kanunnamelerdeki Ceza Hukuku Hükümleri Şer’i Tahlili”, İslami Araştırmalar Dergisi, C. 12, S. 1, 1999, s. 15.
- <sup>8</sup> 1274 tarihli Ceza Kanunundan önce 1256 (1840) tarihli ve 1267 (1851) tarihli Kanunlar kabul edilmişse de bu kanunlarda dolandırıcılık şeklinde bağımsız suç düzenlenmemiştir.
- <sup>9</sup> 503. madde: “Bir kişiyi kandırabilecek nitelikte hile ve desiseler yaparak hataya düşürüp onun veya başkasının zararına, kendisine veya başkasına haksız bir menfaat sağlayan kişiyi bir yıldan üç yıla kadar hapis ve sağladığı haksız menfaatin bir misli kadar ağır para cezası verilir.

maddede temel şekli 504. maddede ise nitelikli şekli düzenlenmiştir. 765 sayılı Kanunu yürürlükten kaldıran 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun ise 157-159. maddelerinde dolandırıcılık fiili düzenlenmiştir. TCK'nın 157. maddesinde dolandırıcılık suçunun temel şekli, 158 ve 159. maddelerde suçun nitelikli halleri düzenlenmiştir. 158. maddede cezanın daha fazla verilmesini gerektiren nitelikli hal, 159. maddede ise cezanın daha az verilmesini gerektiren nitelikli hal hükme bağlanmıştır.

TCK m. 157'ye göre, “*Hileli davranışlarla bir kimseyi aldatıp, onun veya başkasının zararına olarak, kendisine veya başkasına bir yarar sağlayan kişiye bir yıldan beş yıla kadar hapis ve beşbin güne kadar adli para cezası verilir*”.

Düzenlemeye göre, dolandırıcılık suçunun maddi unsurunun oluşması için failin hileli davranışlar gerçekleştirmesi, bu hilenin etkisiyle muhatabın aldatılmış olması, mağdurun bu yanılğı sonucu malvarlığı üzerinde tasarrufta bulunmuş olması ve kendisi veya bir başkası aleyhine bir zararın meydana gelmesi ile failin kendisine veya bir başkasına yarar sağlanmış olması gerekmektedir. Belirlemeden de anlaşıldığı gibi dolandırıcılık suçu için muhatabın aldatılıp hataya sevk edilmesi, failin hileli davranışlarının sonucu olması gerekmektedir. Yani hataya sevk etmeyle hileli davranışlar arasında nedensellik bağı olmalıdır. Ayrıca dolandırıcılık suçu için mağdurun kendisinin veya başkasının zararına tasarrufta bulunması ve fail veya başkası lehine yarar sağlanması gerekmektedir.

---

*Fiili, mağdurda esasen var olan hatadan, hile ve desise kullanmak suretiyle yararlanarak gerçekleştiren kişi hakkında da birinci fıkrada yazılı ceza uygulanır”.*

504. madde: “Yukarıdaki maddede belirtilen dolandırıcılık suçu;

1. Banka veya diğer kredi kurumlarınca tahsis edilmemesi gereken bir kredinin açılmasını sağlamak maksadıyla,
2. Sigorta bedelini almak maksadıyla,
3. Posta, Telgraf ve Telefon İşletmesinin haberleşme araçlarını veya banka veya kredi kurumlarını veya herhangi bir kamu kurum ve kuruluşunu vasıta olarak kullanmak suretiyle,
4. Yurt dışında iş bulmak, ikamet izni veya vize almak bahanesiyle,
5. Bir kimseyi içinde bulunduğu tehlikeli veya zor durumdan kurtarmak bahanesiyle,
6. Bir kimseyi askerlikten tamamen veya kısmen kurtarmak bahanesiyle,
7. Kamu kurum ve kuruluşlarının veya kamu yararına çalışan hayır kurumlarının zararına olarak,
8. Meslek ve görevlerini yaptıkları sırada avukatlar, dava vekilleri, vekiller veya kurum yöneticileri tarafından,

*İşlenirse, faille iki yıldan beş yıla kadar ağır hapis ve sağladığı haksız menfaatin iki misli kadar ağır para cezası verilir. Suçun işlenmesinde yukarıda yazılı hallerden iki veya daha fazlası birleşirse hapis cezasının asgari haddi üç yıl ağır haptir”*

Yararın sağlanması dolandırıcılık suçunun tamamlanması sonucunu doğurmaktadır. Ayrıca failin dolandırıcılık suçunun maddi unsurlarını bilerek hareket etmesi, yani kastının bulunması gerekmektedir. Yani davranışının hile teşkil ettiğini, bu davranışının aldatıcı nitelikte olduğunu, hileye maruz kalan kişinin veya başkasının malvarlığında eksilme olduğunu, buna karşılık kendisinin veya üçüncü kişinin malvarlığında artma meydana geldiğini bilmelidir. Fail bunlardan birini dahi bilmediğinde kastı bulunmaz ve dolandırıcılık suçu oluşmaz. Ayrıca suçun oluşması için hukuka aykırılığın da gerçekleşmesi şarttır.

Dolandırıcılık suçu için, hilenin yapılması ve yararın sağlanmasını arandığı için çok hareketli suç özelliği taşımaktadır<sup>10</sup>. Bu özelliği nedeniyle dolandırıcılıkla ilgili müesseselerin buna göre açıklanması gerekmektedir. Örneğin failin kastının her iki hareketin icrası sırasında da bulunması şarttır<sup>11</sup>. Yani failin hem hilenin yapılmasında hem de yararın sağlanmasında kastının bulunması ve hilelin yararın sağlanmasına yönelik yapılması gerekir. Yine korunan hukuki değer dolandırıcılığın çok hareketli suç olduğuna göre değerlendirilmesi gerekir. Dolandırıcılık suçunda hilenin yapılması ve yararın sağlanması söz konusu olduğundan korunan

<sup>10</sup> 157. maddenin gerekçesi. Ayrıca Koca, Mahmut/Üzülmez, İlhan, Türk Ceza Hukuku, Özel Hükümler, 7. Baskı, Ankara 2020, s. 736; Özgenç, İzzet, Ekonomik Çıkar Amacıyla İşlenen Suçlar, Ankara 2002, s. 16. Neticeli suç olduğuna ilişkin olarak bkz.: Özbek, Veli Özer/Doğan, Koray/Bacaksız, Pınar, Türk Ceza Hukuku, Özel Hükümler, Genişletilmiş ve Güncellenmiş 16. Baskı, Ankara 2021, s. 716; Eker-Kazancı/Zeyrek, s. 525 (yazarlar mağdurun aldanmasını da hareket olarak ifade etmektedirler).

<sup>11</sup> Çok hareketli suçlarda kast için bkz.: Jescheck, Hans-Heinrich/Weigend, Thomas, Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil, 5. Auflage, Berlin 1996, s. 294, dipnot 10; Schönke/Schröder-Cramer/Sternberg-Lieben, § 15, kn. 25; Koca, Mahmut/Üzülmez, İlhan, Türk Ceza Hukuku, Genel Hükümler, Gözden Geçirilmiş ve Güncellenmiş 15. Baskı, Ankara 2022, s. 169.

hukuki değer, hem malvarlığı hem de irade özgürlüğüdür<sup>12/13</sup>. 157. madde gerekçesinde de, dolandırıcılık suçunun malvarlığı aleyhine işlenen bir suç olduğu, ayrıca aldatıcılık niteliği taşıyan hareketlerle kişiler arasındaki ilişkilerde var olması gereken iyi niyet ve güvenin ihlal edildiği, bu suretle irade özgürlüğünün ihlal edildiği belirtilmektedir. Suçun konusu da hem kişinin iradesi hem de yararı oluşturan malvarlığı kapsamına giren değerlerdir. Suçun faili herhangi bir kimse olabilir. Mağdur da herhangi bir kimse olabilir. Ancak hilenin muhatabı olan kişi ile malvarlığında azalma olan kişinin farklı olduğu durumlarda hileye maruz kalan ve tasarrufta bulunan kişi mağdur, malvarlığında azalma olan kişi ise suçtan zarar görendir<sup>14</sup>.

## II. HİLE

Dolandırıcılık suçunun oluşması için aranan hile, TCK m. 157’de tanımlanmamış ve nasıl gerçekleştirileceğine ilişkin bir belirleme yapılmamıştır. Dolayısıyla hilenin herhangi bir şekilde gerçekleştirilebilmesi mümkün olmakla beraber, bazı özelliklere de sahip olması gerekir.

- 
- <sup>12</sup> Dolandırıcılık suçunda korunan hukuki değer ne olduğu doktrinde tartışmalıdır. Bazı yazarlar malvarlığı olduğunu ifade ederken (Tezcan, Durmuş/Erdem, Mustafa Ruhan/Önok, Murat, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, Güncellenmiş 19. Baskı, Ankara 2021, s. 864; Wessels Johannes/Hillenkamp, Thomas (Çev. Ali Kemal Yıldız), Malvarlığına Karşı Suçlar ve Ekonomik Suçluluk, Ankara 2009, s. 99; Özbek/Doğan/Bacaksız, s. 705; bazı yazarlar hem malvarlığının hem de irade özgürlüğünün korunduğunu belirtmektedirler (Soyaslan, Doğan, Ceza Hukuku, Özel Hükümler, Güncellenmiş 11. Baskı, Ankara 2016, s. 425; Koca/Üzülmez, Özel Hükümler, s. 734 (irade özgürlüğünü de ifade etmekle beraber öncelikle korunan değer malvarlığı olduğunu belirtmektedirler); Kamışlı, Gani, Dolandırıcılık Suçu, 2. Baskı, Ankara 2021, s. 22; Parlar, Ali, Dolandırıcılık Suçu, Ankara 2011, s. 16; Özgenç, Ekonomik Çıkar Amacıyla İşlenen Suçlar, s. 16; Eker-Kazancı, Behiye/Zeyrek, İlker, “TCK’da Dolandırıcılık Suçu”, D.E.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Durmuş TEZCAN’a Armağan, C. 21, Özel S., 2019, s. 521.
- <sup>13</sup> Yargıtay da hem malvarlığının hem de irade özgürlüğünün korunduğunu kabul etmektedir: CGK, 10.06.2021, E. 2018/615, K. 2021/270.
- <sup>14</sup> Özgenç, Ekonomik Çıkar Amacıyla İşlenen Suçlar, s. 30; Koca/Üzülmez, Özel Hükümler, s. 735; Özbek/Doğan/Bacaksız, s. 710; Malvarlığına zarar verilenlerin hileye maruz kalanların yanında mağdur olduğuna ilişkin olarak bkz.: Centel/Zafer/Çakmut, s. 499-501; Önder, s. 366. Malvarlığı zarara uğrayan kişinin mağdur olduğuna ilişkin olarak bkz.: Tezcan/Erdem/Önok, s. 865.



Hile, Arapça kökenli bir kelime olup “Birini aldatmak, yanıltmak için yapılan düzen, dolap, oyun, desise, entrika” anlamına gelmektedir<sup>15</sup>. Hukukta hile<sup>16</sup> ise başkasının tasavvuru üzerinde etki meydana getiren ve onu objektif olarak hataya düşüren bir davranış olarak tanımlanmaktadır<sup>17</sup>. Kişinin tasavvuru ile gerçeğin birbirine uymadığı durumlarda ise hata söz konusudur<sup>18</sup>. Dolayısıyla bir kişi üzerinde etkide bulunmaksızın yalnızca vakıaları değiştirmek, objelerde manipülasyon yapmak hile oluşturmaz<sup>19</sup>. Görüldüğü gibi hilenin gerçek kişiye karşı gerçekleştirilmesi gerekir. Bilişim araçlarına yönelik yapılan hileler (TCK m. 244, 245)<sup>20</sup> veya otomatlara yönelik hileler (TCK m. 163) dolandırıcılık suçunu oluşturmaz. Örneğin,

<sup>15</sup> <http://www.tdk.gov.tr/TR/SozBul.aspx?F6E10F8892433CFFAAAF6AA849816B2EF05A79F75456518CA> (E. T. 18 Haziran 2008).

<sup>16</sup> Hukukumuzda 765 sayılı Kanun döneminde ceza hukukunda hile ile medeni hukuktaki hile arasında ayırım olup olmadığına ilişkin belirlemeler yapılmaktaydı: Selçuk, Sami, Dolandırıcılık, İstanbul 1982, s. 92 vd.; Savaş, Vural-Mollamahmutoğlu, Sadık, Türk Ceza Kanunu Yorumu (C. IV), 3. Bası, Ankara 1999, s. 5462 vd. Ayırma karşı çıkanlar için bkz.: Erem, Faruk, Türk Ceza Kanunu Şerhi, Özel Hükümler (C. III), Ankara 1993, s. 2431; Erem, Faruk, Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku (C.IV), Özel Hükümler, 3. Baskı, Ankara 1985, s. 650; Özgenç, Ekonomik Çıkar Amacıyla İşlenen Suçlar, s. 18; Önder, s. 370; Hafızoğulları, Zeki/Özen, Muharrem, Türk Ceza Hukuku, Özel Hükümler, Kişilere Karşı Suçlar, 2. Baskı, Ankara 2011, s. 384. Ayrıca bkz.: Dönmezer, s. 451, 452; Soyaslan, s. 425, 426; Cihan, Erol, Cebir Kullanma Cürmü (TCK.m.188), İstanbul 1978, s. 60, 61. Ancak Özel Hukuk hilesi ile Ceza Hukuku hilesi ayırımının uzunca bir süredir önemini kaybettiği de belirtilmektedir. Bkz.: Toroslu, Nevzat, Ceza Hukuku, Özel Kısım, Ankara 2005, s. 176. 5237 sayılı Kanundan sonra bu ayırımın geçerli olmadığı ifade edilmektedir: Tezcan/Erdem/Önok, s. 872.

<sup>17</sup> Tröndle, Herbert/Fischer, Thomas, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, 53. Auflage, München 2006, § 263, kn. 6; Tezcan/Erdem/Önok, s. 869; Özbek/Doğan/Bacaksız, s. 711

<sup>18</sup> Schönke/Schröder-Cramer/Perron, § 263, kn. 33.

<sup>19</sup> Tröndle/Fischer, § 263, kn. 6, 10.

<sup>20</sup> Yargıtay, “*sanığın, katılan şirkete ait... Mağazasında bilgisayar sorumlusu olarak çalıştığı, şubelerde yapılan satışların yine şubelerde bulunan bilgisayar vasıtasıyla, şirket merkezindeki server üzerinde bulunan veri tabanına işlendiği ve bu işlem sonunda merkezdeki programdan şubelerdeki günlük satış ve stok miktarının takip edildiği, yapılan kayıtların merkezde görevli “....” isimli kullanıcı olan sanık tarafından bilişim sisteminin işleyişi değiştirilerek sisteme gerçeğe aykırı veri yerleştirmek suretiyle haksız çıkar sağlandığı, haksız yararın doğrudan katılana yönelik hileli davranışlarla gerçekleşmemesi karşısında eylemin dolandırıcılık olarak nitelendirilemeyeceği gibi, katılan tarafından sanığın zilyetliğine devredilmiş bir mal bulunmaması karşısında eylemin güveni kötüye kullanma suçunu da oluşturmayacağı belirlenmiş olmakla sanığa yüklenen eylemin TCK’nın 244/4. maddesinde düzenlenen bilişim sistemini aracı kılarak yarar sağlama suçunu oluşturduğunu*” kabul etmiştir: 23. CD, 14.12.2015, E. 2015/4528, K. 2015/8082.

failin bir bankanın görevlisini hile ve desise kullanmak suretiyle hataya düşürerek bir hesaba para aktarılmasını sağladıktan sonra, bu parayı banka-matik yoluyla çekmesi fiili dolandırıcılık niteliğindedir<sup>21</sup>. Yargıtay da verdiği kararlarda insana yönelik hilenin bulunduğu durumlarda dolandırıcılık suçunun gerçekleştirildiğini, sadece bilişim sisteminin kullanılması suretiyle çıkar sağlandığı durumlarda ise bilişim sistemi aracılığıyla haksız çıkar sağlama suçunun oluştuğunu kabul etmektedir<sup>22</sup>.

<sup>21</sup> Fail, haksız çıkarı hem bir kişiyi dolandırmakla hem de bilişim sistemini kullanmak suretiyle sağlarsa dolandırıcılık suçundan sorumlu olacaktır. Bu durumda TCK m. 244/4'ün gerçekleşmesi yalnızca görünüştedir. Örneğin manipülasyon oluşturan hareketlerle aynı zamanda veri işlem olayını kontrol etmekle görevli kişi aldatılırsa, fail dolandırıcılık suçundan (m. 158/1-f) sorumlu olacaktır<sup>21</sup>. Olayımızda amaç görevli kişinin kandırılarak tasarrufta bulunulmasını sağlamak olduğundan ve suç da bu kişinin tasarrufuyla gerçekleştiğinden, failin fiiline uygulanacak hüküm TCK'nın dolandırıcılığı düzenleyen hükmüdür. Ancak malvarlığı tasarrufunun görevli kişinin fiiliyle gerçekleştiği tespit edilemiyorsa veya onun tarafından yapılmamışsa bu takdirde fail yalnızca m. 244/4'ten cezalandırılacaktır.

<sup>22</sup> *“Dolandırıcılık suçu; hileli davranışlarla bir kişinin aldatılıp onun veya bir başkasının zararına, failin kendisine veya bir başkasına yarar sağlaması suretiyle oluşur. Suçun maddi unsurlarını oluşturan hareketlerin, gerçek bir kişiye yöneltilmiş olması, onun kandırılarak çıkar sağlanması gerekir. Bilişim sistemlerinin araç olarak kullanılması suretiyle dolandırıcılık suçunda ise, verileri toplayıp yerleştirdikten sonra bunları otomatik işlemlere tabi tutma olanağını veren manyetik sistemler araç olarak kullanılıp gerçek kişiler aldatılarak çıkar sağlanmaktadır. Bankaların etkin işlevi bulunan çek, hesap cüzdanı, dekont gibi maddi varlıklarının kullanılması halinde ise, banka vasıta kılınarak dolandırıcılık suçu oluşacaktır. Gerçek bir kişiyle karşı karşıya gelmeden, yüz yüze veya telefon, bilgisayar, bilgi geçer gibi bir başka vasıta kullanılarak görüşmeden, konuşmadan, kişilere yönelik hileli davranışlarla aldatılmadan sadece bilişim sistemi kullanılarak doğrudan doğruya çıkar sağlanması halinde “bilişim sistemine girerek haksız çıkar sağlama suçu” gerçekleşecektir. Somut olayda ise; sanığın, katılanın G... Bankası 1. Levant Şubesi'nde bulunan hesabına internet bankacılığı yoluyla girip hesaptaki paradan 3.200.00 TL'yi G... Bankası Osmanbey Şubesi'ndeki kendi hesabına internet yoluyla havale ettikten sonra parayı çekerek haksız menfaat sağladığı iddia ve dosya içeriğine uygun kabul edilmesi karşısında; gerçek kişiye yönelen hile oluşturacak nitelikte bir hareketin bulunmaması ve tamamen bilişim sistemi içinde gerçekleştirilmesi nedeniyle dolandırıcılık suçunun unsurlarının bulunmadığı, “verinin taşınabilir bir mal olarak kabul edilmesinin olanaklı olmaması nedeniyle hırsızlık suçunun unsurlarının da gerçekleşmediği eylemin, suç tarihinde yürürlükte bulunan 765 sayılı TCK'nın 525/b (5237 sayılı TCK'nın 244/4. maddesine uygun “bilişim sistemini engelleme, bozma, verileri yok etme veya değiştirme suretiyle haksız çıkar sağlama”) maddesinde öngörülen bilişim suçunu oluşturduğu gözetilmeden, suçun nitelendirilmesinde yanılıya düşürerek bilişim sistemlerinin aracı olarak kullanılması suretiyle dolandırıcılık suçundan mahkumiyetine karar verilmesi, yasaya aykırıdır”, 11. CD, 07.10.2009, E. 2009/1616, K. 2009/11328. “Gerçek bir kişiyle karşı karşıya gelmeden, yüz yüze veya telefon, bilgisayar, bilgi geçer gibi bir başka vasıta kullanılarak görüşmeden, konuşmadan, hileli davranışlarla gerçek kişiler dolandırılmadan sadece bilişim sistemi kullanılarak doğrudan doğruya çıkar*

Hilenin bir vakıaya ilişkin olması gerekir<sup>23</sup>. Vakıa geçmişte veya şimdi olmakta olan olayları, ilişkileri veya durumları ifade etmektedir<sup>24</sup>. Bir başka ifadeyle vakıa, insanın iç veya dış dünyasına ilişkin geçmişte gerçekleşmiş veya halen gerçekleşmekte olan, dışardan algılanabilen veya kontrol edilebilen ve bu suretle ispatlanması mümkün olan somut durumları ifade etmektedir<sup>25</sup>. Örneğin bir şeyin, eşyanın miktarı, nitelikleri, bir insanın kimliği, yaşı, medeni hali, sosyal veya iktisadi durumu, bir edimin sözleşmeye uygun olup olmadığı hususları birer vakıa olarak kabul edilmelidir (dış dünyaya ilişkin olgular)<sup>26</sup>. Bir kanaatin varlığı veya belirli bilgiler ve niyetler (örneğin verilen parayı kutsal mekandaki bağış kutusuna atmak niyeti gibi)<sup>27</sup> sübjektif durumlar iç dünyaya ilişkin olgulardır. Bu olgular sübjektif olarak denetlenebilirler<sup>28</sup>. Ödeme niyeti olmamasına rağmen ödeyeceğine ilişkin bilgi vermek, vaat ve taahhütte bulunmak bu niteliktedir. Sözleşmenin kurulması aşamasında ödeyecek durumda olmamasına rağmen ödeyeceğine inandırarak sözleşme yapılmasını sağlamak dolandırıcılıkta hile teşkil etmektedir<sup>29</sup>. Konser paralarının

---

*sağlanması halinde "bilgi sistemine girerek haksız çıkar sağlama suçu" gerçekleşecektir. Somut olayda oluşa uygun kabule göre; Kayseri PTT Müdürlüğü Otomasyon Bölümünde bilgisayar teknisyeni olarak görev yapan sanık M.Ö.Ö. ile Kayseri'de bulunan özel bir dershanede öğretmen olan diğer sanık A.K.'nin fikir ve eylem birliği içerisinde hareket ederek, 2002 yılının Mayıs ve Eylül ayları arasında Sivas, İstanbul-Fatih, Beyazıt, Bağcılar, Zeytinburnu, Küçükçekmece, Sefaköy, Merter, Bayrampaşa, Aksaray, Mecidiyeköy, Avcılar ve Kağıthane, Ankara-Ulus, Kızılay, Ahmetler, Emek ve Keçiören PTT merkezlerinden kabul işlemi yapılan bir kısım para havaleleri tutarlarına, PTT on-line sistemi veri tabanına girilmek suretiyle rakam ilave edilerek ödeme merkezlerince, gerçekte havale edilenden 10 veya 100 kat fazla tutarda ödeme yapılmasını sağlayarak haksız menfaat temin eden sanıkların eylemlerinin tamamen bilişim ortamında gerçekleştirilmiş olması, gerçek kişiye karşı yöneltilen her hangi hileli bir davranışın bulunmaması nedeniyle 765 sayılı TCK.nun 525/b-2 maddesindeki (5237 sayılı TCK.nun 244/4 md) bilişim suçunu oluşturacağı gözetilmeden yazılı şekilde hüküm kurulması", 11. CD, 12.10.2009, E. 2008/11060, K. 2009/11936.*

<sup>23</sup> Schönke/Schröder-Cramer/Perron, § 263, kn. 8.

<sup>24</sup> Tröndle Fischer, § 263, kn. 6.

<sup>25</sup> Schönke/Schröder-Cramer/Perron, § 263, kn. 8.

<sup>26</sup> Schönke/Schröder-Cramer/Perron, § 263, kn. 8.

<sup>27</sup> Wessels/Hillenkamp, s. 103.

<sup>28</sup> Wessels/Hillenkamp, s. 103.

<sup>29</sup> Koca/Üzülmez, Özel Hükümler, s. 738; Schönke/Schröder-Cramer/Perron, § 263, kn. 10; Özgenç, Ekonomik Çıkar Amacıyla İşlenen Suçlar, s. 21.

depresyönelere bağışlanacağının söylenmesi ancak depresyönelere herhangi bir bağışta bulunulmaması yine dolandırıcılık suçunu oluşturur<sup>30</sup>.

Hile için bir vakıa hakkında yanıltıcı açıklamalarda (beyanlarda) bulunulmalıdır<sup>31</sup>. Bu nedenle gerçekte mevcut olan bir hususu olmuş, gerçekleşmiş gibi göstermek, gerçekleşmiş bir vakıanın oluşum şekline başka unsurlar ilave etmek veya gerçekleşmiş bir vakıayı bütün olarak veya belirli unsurları itibariyle gerçekleşmemiş göstermek halleri hileyi oluşturur<sup>32</sup>. Dinî inanç veya batıl inançlar da iç dünyaya ilişkin olgular olup hile teşkil edebilir<sup>33</sup>. Bir başka ifadeyle yanıltıcı açıklamaların yapıldığı vakıalar, ruhi durumla, gerçeklikle, örneğin inanışla da ilgili olabilir<sup>34</sup>. Bu anlamda sahip bulunduğu batıl inanışların istismarı suretiyle bir kişinin yanlıya sevk edilmesi hile olduğu gibi bizzat failin muhatabı batıl bir inanca sevk etmesi suretiyle de hile gerçekleştirilebilir<sup>35</sup>. Bir vakıaya ilişkin tahminlerinden, kabullerinden, çıkardığı sonuçlardan hareketle görüş bildirmek veya yargıda bulunmak suretiyle de hile gerçekleştirilebilmektedir<sup>36</sup>. Bir eşyanın tarihi özelliğinden bahsederek çok değerli olduğunun söylenmesi<sup>37</sup>, bir avukatın hukuken imkânsız olduğu halde bir uyuşmazlığı lehine sonuçlandıracağı vadiyle bir kimsenin vekilliğini üstlenmesi dolandırıcılık suçunda hile teşkil etmektedir<sup>38</sup>.

Mağdura temin edilecek geleceğe yönelik kazanç tasarrufları, piyasa şartlarının iyi gözlemlenmemiş olması nedeniyle kazanç beklentilerinin gerçekleşmemesi durumunda hile teşkil etmez. Ancak gerçeğe aykırı olarak büyük kârlar elde ettiğinden bahisle, şirkete üye olmaya

<sup>30</sup> Özgenc, Ekonomik Çıkar Amacıyla İşlenen Suçlar, s. 22.

<sup>31</sup> Tröndle/Fischer, § 263, kn. 6.

<sup>32</sup> Özgenc, Ekonomik Çıkar Amacıyla İşlenen Suçlar, s. 19.

<sup>33</sup> Tiedemann, Klaus, Strafgesetzbuch Leipziger Kommentar, Großkommentar, 12. Aufl., §§ 263 bis 266b, Neunter Band, Berlin/ Boston 2012, §263, kn. 20.

<sup>34</sup> Lackner, Karl/Kühl, Kristian, Strafgesetzbuch, 21., neubearbeitete Auflage, München 1995, § 263, kn. 4. Ayrıca bkz.: Tröndle/Fischer, § 263, kn.7.

<sup>35</sup> Özgenc, Ekonomik Çıkar Amacıyla İşlenen Suçlar, s. 20.

<sup>36</sup> Schönke/Schröder-Cramer/Perron, § 263, kn. 9; Koca/Üzülmez, Özel Hükümler, s. 738. Özgenc, Ekonomik Çıkar Amacıyla İşlenen Suçlar, s. 20.

<sup>37</sup> Özgenc, Ekonomik Çıkar Amacıyla İşlenen Suçlar, s. 20.

<sup>38</sup> Koca/Üzülmez, Özel Hükümler, s. 739; Özgenc, Ekonomik Çıkar Amacıyla İşlenen Suçlar, s. 20, 21. Ayrıca bkz.: Schönke/Schröder-Cramer/Perron, § 263, kn. 9, 10.

yönelik tanıtım faaliyetleri veya toplanan paraların kâr adı altında ortak edilen kişilere dağıtılması dolandırıcılık suçu açısından hile teşkil eder<sup>39</sup>.

Kural olarak gelecekte gerçekleşebilecek hususlar vakia olarak kabul edilmezler<sup>40</sup>. Ancak bugünkü şartlara dayanarak gelecekle ilgili olarak gerçekleşeceği belirtilen olaylar (bilimsel tespitlere dayanarak belirli zamanda depremin vuku bulacağını belirterek)<sup>41</sup> ifade edilmek suretiyle bir kişinin yanılığa sevk edilmesi halinde de hile söz konusudur<sup>42</sup>. Gelecekte gerçekleşeceği iddia edilen olaylar önceden tahmin edilebilir, doğruluğu denetlenebilir değilse ortada hile bulunmamaktadır. Gelecek yaz belli bir bölgeye dolu yağacağına ilişkin bir beyan tahmin edilebilir, doğrulanabilir nitelikte olmadığı için bu beyanın kullanılarak kişinin aldatılmaya çalışılmasında hile bulunmamaktadır<sup>43</sup>.

Hileli davranışlar sözle, yazıyla, eylemli hareketlerle veya başka herhangi şekilde de gerçekleştirilebilir<sup>44</sup>. Örneğin bir kişinin kasadaki malların fiyat etiketini gizlice değiştirdikten sonra satışa sunması, kullanılmış aracın kilometresiyle oynayarak satışa arz etmesi hile teşkil eder<sup>45</sup>. Yine sahte belge göstermek, düşük ayarlı altına yüksek ayarlı altın damgası vurmak dolandırıcılık suçunda hile oluşturur<sup>46</sup>. Kaza yapmış aracın kaza yapmamış olarak gösterilmesi suretiyle satılması dolandırıcılıkta hile teşkil eder. Gerçeğe aykırı beyanlar herhangi bir iletişim aracılığıyla veya araçla da gerçekleştirilebilir<sup>47</sup>. Basın yoluyla, televizyon yoluyla, internet aracılığıyla, billboardlara asmak suretiyle de hile teşkil eden hareketler gerçekleştirilebilir. Gerçek olmayan olayları gerçekmiş gibi

<sup>39</sup> Özgenç, Ekonomik Çıkar Amacıyla İşlenen Suçlar, s. 20.

<sup>40</sup> Konu tartışmalıdır. Bazı yazarlar gelecekte gerçekleşmesi söz konusu hadiselerin olay teşkil etmeyeceğini belirtirken (Wessels/Hillenkamp, s. 103) bazı yazarlar belirli şartlar altında olay teşkil edeceğini kabul etmektedirler (Özgenç, Ekonomik Çıkar Amacıyla İşlenen Suçlar, s. 20; Schönke/Schröder-Cramer/Perron, § 263, kn. 8; Özbek/Doğan/Bacaksız, s. 712; Tezcan/Erdem/Önok, s. 869; Centel/Zafer/Çakmut, s. 508).

<sup>41</sup> Tröndle/Fischer, § 263, kn. 6 Ayrıca bkz.: Schönke/Schröder-Cramer/Perron, § 263, kn. 8.

<sup>42</sup> Özgenç, Ekonomik Çıkar Amacıyla İşlenen Suçlar, s. 20; Schönke/Schröder-Cramer/Perron, § 263, kn. 8.

<sup>43</sup> Schönke/Schröder-Cramer/Perron, § 263, kn. 8.

<sup>44</sup> Tiedemann, LK- StGB § 263, kn. 24.

<sup>45</sup> Wessels/Hillenkamp, s. 105.

<sup>46</sup> Tezcan/Erdem/Önok, s. 869.

<sup>47</sup> Tiedemann, LK- StGB § 263, kn. 24.

göstermek açıkça veya hukuksal sonuç doğurmaya yönelik ikna edici (örtülü) hareketlerle de gerçekleştirilebilir. Önemli olan ilgilinin tasavvurunun etkilenmesi ve failin davranışının nedensel değere sahip olmasıdır<sup>48</sup>. Bir başka ifadeyle hile, açıkça gerçekleştirilebileceği gibi zımni nitelikte davranışla da (sözle ifade etmemekle beraber, susması örtülü beyan teşkil ediyorsa) işlenebilir. Eğer kişinin yaptığı zımni nitelikteki beyan, gerçekte örtüşmüyorsa ve kişiyi hataya düşürmüştse hile unsuru gerçekleşmiş sayılır<sup>49</sup>. Örneğin ödeme gücü olmadığı halde otele veya restorana giderek yemek ısmarlamak veya konaklamak örtülü beyan niteliğindedir. Yine borcun ödenmesi için çekin verilmesi, çekin ödeneceği garantisini içermektedir<sup>50</sup>. Doktrinde bazı yazarlar tarafından belirtilen hallerde ihmali şekilde gerçekleştirilmiş dolandırıcılık fiili bulunduğu belirtilmektedir<sup>51</sup>.

Hile, icrai bir şekilde gerçekleştirilebileceği gibi ihmali şekilde de işlenebilir<sup>52</sup>. Dolayısıyla dolandırıcılık suçu ihmali şekilde de işlenebilir. Biz suç tipinin uygun olmak şartıyla icrai suçların ihmali şekilde işlenmesinin mümkün olduğunu kabul ettiğimizden<sup>53</sup> dolandırıcılık suçunun da ihmali şekilde işlenebileceğini benimsiyoruz. 157. madde gerekçesinde de

<sup>48</sup> Wessels/Hillenkamp, s. 105.

<sup>49</sup> Bkz.: Tröndle/Fischer, § 263, kn. 12; Schönke/Schröder-Cramer/Perron, § 263, kn. 14/15.

<sup>50</sup> Wessels/Hillenkamp, s. 107.

<sup>51</sup> Özgenç, Ekonomik Çıkar Amacıyla İşlenen Suçlar, s. 64, 65.

<sup>52</sup> Özgenç, İzzet, Türk Ceza Hukuku, Türk Ceza Hukuku, Gözden Geçirilmiş ve Güncellenmiş 18. Bası, Ankara 2022, s. 394. Dolandırıcılıkta ihmalle ilgili olarak bkz.: Haft, Fritjof, Strafrecht Besonderer Teil, 6. Auflage, München 1997, s. 204, 205.

<sup>53</sup> Yargıtay da TCK m. 309 ile ilgili verdiği karar da amaca hizmet eden ve katkı sunan icrai (ya da garantör olunan hallerde ihmali) harekette bulunarak bu suça iştirakin her halinin mümkün olduğunu kabul etmektedir: 16. CD, 03.04.2018, E. 2017/3800 K. 2018/957 T. 3.4.2018. TCK m. 309'un ihmali şekilde işlenebileceğine ilişkin olarak ayrıca bkz.: 16. CD, 14.07.2017, E. 2017/1443, K. 2017/4758. Yargıtay TCK m. 136'ın da ihmali şekilde işleneceğini kabul etmektedir: "Sanıkların sahibi olduğu özel hastanede hastane müdürü ve başhekim olarak görev yapan, hastanenin aynı zamanda ortağı olan X'in, anılan hastaneden ve ortaklıktan ayrılmasına rağmen hastaneye ait internet sitesinde yer alan reklam filmlerinde, hastanenin başhekimi ve ortopedi uzmanı olduğuna dair açıklamalarla beraber rızası olmaksızın görüntülerinin yayımlanmaya devam ettiği iddia ve kabulüne konu olayda; katılan tarafından kaldırılması istenilmesine ve bu konuda daha önce şikâyetle bulunulmasına rağmen reklam filmlerini aynı şekilde yayımlamaya devam ederek, katılanın kişisel veri niteliğindeki görüntüsünü hukuka uygunluk nedenlerinin bulunmaması nedeniyle hukuka aykırı olduğunda tereddüt bulunmayan bir yöntemle başkalarının görgüsüne sunmaya devam eden sanıkların sübut bulan eylemlerinden dolayı TCK'nın 136/1. madde ve fıkrasındaki verileri hukuka aykırı olarak verme veya ele geçirme suçundan mahkumiyet kararı verilmesi gerektiği gözetilmeksizin": 12. CD, 10.07.2019, 8144-8317.

dolandırıcılık suçunun ihmali şekilde işlenebileceği belirtilmektedir. Doktrinde de çoğunluk yazar tarafından dolandırıcılık suçunun ihmali hareketle de işlenebileceği kabul edilmektedir<sup>54</sup>. Bunun için failin icrai harekette bulunmak hususunda hukuki bir yükümlülüğünün bulunması, yani garantörlüğünün bulunması gerekmektedir. Bir başka ifadeyle hilede karşı tarafın hataya düştüğü hususta kişinin bilgilendirmek konusunda hukuki yükümlülüğünün (aydınlatma yükümlülüğünün) bulunması ve bu yükümlülüğünü yerine getirmemesi gerekir. Ayrıca ihmali davranışın icrai davranışa eşdeğer olması, yani ihmal suretiyle hilede, kişinin ihmali hareketinin beyan niteliği taşıması da gerekir<sup>55</sup>. Dolayısıyla kişinin yapması gerekeni yapmayarak ihmali davranması beyan niteliği taşıyorsa hile gerçekleşmiş sayılır. İhmal için belli bir icrai davranışta bulunma hukuki yükümlülüğü gerektiğinden, böyle bir yükümlülük olmadan yalnızca sessiz kalmak ihmal suretiyle dolandırıcılık suçunu oluşturmaz. İhmali hareketle gerçekleştirilen dolandırıcılık, aktif hareketle gerçekleştirilen dolandırıcılık bulunmadığında kabul edilmektedir. Dolandırıcılığın söz konusu olduğu hallerde öncelikle aktif bir dolandırıcılığın bulunup bulunmadığının araştırılması gerektiği belirtilmektedir. Garantörlük, garantörlük kaynağını şekli kritere ifade edenlere göre bizzat kanundan, sözleşmeden, öngelen tehlikeli eylemden kaynaklanabilmektedir. Kanundan kaynaklanan garantörlüğe TTK m. 1435 düzenlenen sigorta ettirenin sözleşmenin yapılması sırasında bildiği veya bilmesi gereken tüm önemli hususları sigortacıya

<sup>54</sup> Wessels/Hillenkamp, s. 110; Schönke/Schröder-Cramer/Perron, § 263, kn. 18; Koca/Üzülmez, Özel Hükümler, s. 739; Özgenç, Ekonomik Çıkar Amacıyla İşlenen Suçlar, s. 23; Önder, s. 375; Hafizoğulları/Özen, s.387; Gökçen, Ahmet/Balçu, Murat, in: Malvarlığına Karşı Sular, Ankara 2018, s. 216; Okuyucu-Ergün, Güneş, "Dolandırıcılık Suçunun Susmak Suretiyle İşlenmesi Sorunsalı", İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 12 (1), 2021, s. 309. Bazı yazarlar ise dolandırıcılık suçunun ihmali şekilde işlenebileceğini kabul etmekle beraber (s. 507), TCK'da ihmali şekilde işleneceği belirtilmediğinden cezalandırılmaması gerektiğini belirtmektedirler (s. 507): Centel/Zaffer/Çakmut, s. 505-507. İhmali şekilde işlenmesinin kanunilik ilkesi açısından sorun doğuracağına ilişkin olarak bkz.: Eker-Kazancı/Zeyrek, s. 531. Dolandırıcılık suçunun ihmali şekilde işlenebileceğini belirtmekle birlikte kanunda bu konuda düzenleme bulunmadığından kanunilik ilkesinin bir sonucu olarak TCK m. 157'deki dolandırıcılık suçunun ihmali hareketle işlenemeyeceğini kabul etmektedirler: Özbek/Doğan/Bacaksız, s. 712. Aynı yönde Tezcan/Erdem/Önok, s. 871.

<sup>55</sup> İhmali hareketle hile için bkz.: Schönke/Schröder-Cramer/Perron, §263, kn 18 vd; Tröndle/Fischer, §263, kn. 22 vd.; Özgenç, Ekonomik Çıkar Amacıyla İşlenen Suçlar, s. 23.

bildirmekle yükümlü olduğuna ilişkin hükmü örnek gösterebiliriz<sup>56</sup>. Sözleşmeden kaynaklanan garantörlük için sadece sözleşmenin varlığı yetmemekte, özel güven ilişkisi olan bir sözleşmenin varlığı gerekmektedir. Özel güven ilişkisi olmaksızın kredi kurumuyla müşteri arasındaki normal kredi sözleşmesinin böyle bir garantörlük doğurmadığı kabul edilmektedir<sup>57</sup>. Örneğin banka görevlisinin hatalı yatırdığı miktarı gören banka müşterisinin bunu bankaya bildirme yükümlülüğünün bulunmadığı, dolayısıyla hilenin oluşmayacağı belirtilmektedir<sup>58</sup>. Açık olarak kararlaştırılmadıkça normal kredi veya mevduat sözleşmesinin bildirim yükümlülüğü doğurmadığı söylenmelidir<sup>59</sup>. Yine alışveriş yaptığı kişi tarafından yanlışlıkla para üstü olarak fazla paranın verilmesi halinde de bildirim yapma noktasında hukuksal yükümlülüğü bulunmamaktadır. Kişinin kendi eyleminden kaynaklanmayan ve kendisi tarafından sebep olunmayan, aldığı mal için para verdiği dükkân sahibi tarafından hatayı düzeltme yükümlülüğü kabul edilmektedir<sup>60</sup>. Ticari risk sınırları içinde kalan veya taraflardan birinin tecrübesizliğinden ve basiretsizliğinden kaynaklanan durumların ve sıradan alışveriş sözleşmelerinin garantörlük doğurmadığı kabul edilmektedir<sup>61</sup>. Ancak doktrinde bu hallerde garantörlüğün bulunduğunu kabul eden yazarlar da bulunmaktadır. Bu görüşe göre bankadan para çekerken görevlinin fazla ödeme yaptığını görmesine rağmen parayı alan ve söylemeyen, banka hesabına yanlışlıkla geçirilmiş parayı bu durumu bilmesine rağmen bildirmeyen ve parayı çeken kişi ihmali şekilde dolandırıcılık suçunu işlemiştir<sup>62</sup>. Akrabalık, arkadaşlık veya uzun yıllardan beri var olan ticari ilişki de bildirim yükümlülüğü doğurmamaktadır<sup>63</sup>. Ancak kullanılmış araç satıcısının satın almak isteyen

<sup>56</sup> Wessels/Hillenkamp, s. 110.

<sup>57</sup> Schönke/Schröder-Cramer/Perron, § 263, kn. 22.

<sup>58</sup> BGHSt 39, s. 397- 399; Schönke/Schröder-Cramer/Perron, § 263, kn. 22; Wessels/Hillenkamp, s. 113.

<sup>59</sup> Wessels/Hillenkamp, s. 113, 114.

<sup>60</sup> Wessels/Hillenkamp, s. 113.

<sup>61</sup> Ancak bu durumun aydınlatma yükümlülüğünün sınırlarını oldukça daralttığı belirtilmektedir. Ayrıca mağdurun basit bir araştırma ile gizlenen hususu öğrenebilecek olmasının hilenin varlığına engel olmayacağı belirtilmektedir. Tüm bunlar için bkz.: Okuyucu-Ergün, s. 310.

<sup>62</sup> Koca/Üzülmez, Özel Hükümler, s. 740. Ayrıca bkz.: Özgenç, Çıkar Amacıyla İşlenen Suçlar, s. 24, 25, dipnot 36.

<sup>63</sup> Schönke/Schröder-Cramer/Perron, § 263, kn. 22.



kişiye aracın kaza yapmış araç olduğunu açıklama yükümlülüğünün bulunduğu kabul edilmektedir. Bir sözleşmenin hazırlanması açıkça bir uzmanın danışmanlığı beklentisi ile bağlantılıysa veya sözleşmenin varlığı diğer tarafı zararlara karşı korumak amacına hizmet ediyorsa, bu durumda sözleşmeden kaynaklanan bildirim yükümlülüğünün bulunduğu belirtilmektedir<sup>64</sup>. Özel güven ilişkisi yoksa, özel hukuktan kaynaklanan aydınlatma yükümlülüğü dolandırıcılık suçu açısından garantörlük doğurmamaktadır<sup>65</sup>. Öngelen tehlikeli eylemden dolayı bildirim yükümlülüğünde ise, dikkat ve özel yükümlülüğüne aykırı olarak bir kişiyi hataya düşüren, yani hileyi gerçekleştiren kişinin öngelen eylemden dolayı doğruyu bildirme yükümlülüğü bulunmaktadır<sup>66</sup>.

Hilenin belirli bir ağırlığa ulaşmasının gerekip gerekmediği, soyut yalanın hile oluşturup oluşturmayacağı doktrinde tartışmalıdır. Bazı yazarlar soyut yalanın hile oluşturmayacağını, hilenin dolandırıcılık suçu oluşturması için belli bir ağırlığa ulaşması, ustaca sergilenmesi ve yoğun olması gerektiği belirtilmektedir. Ayrıca hilenin sergileniş tarzı nedeniyle yarattığı güven ortamının mağdurun denetim olanağını kullanmasını engellemeye elverişli olması gerektiğini de belirtmektedirler<sup>67</sup>. Bazı yazarlar ise hilenin kandırabilecek nitelikte olmasına ilişkin 765 sayılı TCK'daki gibi bir düzenlemenin 5237 sayılı TCK m. 157'de olmadığını, dolayısıyla hilenin belirli bir ağırlığa ulaşmasının gerekmediğini, hilenin mağduru aldatmış olmasının yeterli olduğunu belirtmektedirler<sup>68</sup>. Yargıtay ise, *“Yerleşik yargısal uygulamalar ve öğretilerdeki genel kabul gören görüşlere göre ortaya konulan ilkeler göz önünde bulundurulduğunda hile; maddi olmayan yollarla karşısındaki aldatan, hataya düşüren, düzen, dolap, oyun, entrika ve bunun gibi her türlü eylem olarak kabul edilebilir. Bu eylemler bir gösteriş biçiminde olabileceği gibi, gizli davranışlar olarak da ortaya çıkabilir. Gösterişte, fail elinde bulunmayan imkânlarla ve sıfata sahip olduğunu bildirmekte, gizli davranışta ise kendi durum*

<sup>64</sup> Wessels/Hillenkamp, s. 113; Tiedemann, LK- StGB § 263, kn. 61 vd.

<sup>65</sup> Schönke/Schröder-Cramer/Perron, § 263, kn. 22.

<sup>66</sup> Schönke/Schröder-Cramer/Perron, § 263, kn. 22.

<sup>67</sup> Centel/Zafer/Çakmut, s. 506; Dönmezer, 453 vd.; Özbek/Doğan/Bacaksız, s.714. Bazı yazarlar soyut yalanın başkasının hukuki değerini ihlal etmediği için hile olarak kabul edilemeyeceğini belirtmektedirler: Özgenç, Çıkar Amacıyla İşlenen Suçlar, s. 25.

<sup>68</sup> Tezcan/Erdem/Önok, s. 872. Bazı yazarlar, hileli davranışın belirli kriterlere tabi tutarak belirlemenin, çok basit hilelerle aldatılabilecek kişilerin hukuken korunmamasına sebep olacağını, dolayısıyla kriter konulmaması gerektiğini belirtmektedirler: Eker-Kazancı/Zeyrek, s. 531.

veya sıfatını gizlemektedir. Ancak sadece yalan söylemek dolandırıcılık suçunun hile unsurunun gerçekleşmesi bakımından yeterli değildir. Kanun koyucu yalanı belirli birtakım şekiller altında yapıldığı ve kamu düzenini bozacak nitelikte bulunduğu hallerde cezalandırmaktadır. Böyle olunca hukuki işlemlerde veya sözleşmelerde bir kişi mücerret yalan söyleyerek diğerini aldatmış bulunuyorsa bu basit şekildeki aldatma, dolandırıcılık suçunun oluşumuna yetmeyecektir. Yapılan yalan açıklamaların dolandırıcılık suçunun hileli davranış unsurunu oluşturabilmesi için, bu açıklamaların doğruluğunu kabul ettirebilecek, böylece muhatabın inceleme eğilimini etkisiz bırakabilecek yoğunluk ve güçte olması ve gerektiğinde yalana birtakım dış hareketlerin eklenmiş bulunması gerekir.” şeklinde değerlendirme yapmakta verdiği kararlarda yalnızca yalan söylenmenin dolandırıcılık suçunda hile teşkil etmeyeceğini benimsemektedir<sup>69</sup>. Her ne kadar 157. maddede hilenin kandırıcı nitelikte olmasına ilişkin bir belirleme yoksa da (ki suçun niteliği bunu gerektirmektedir) soyut yalanın dolandırıcılık suçunu oluşturmayacağını, belirli yoğunluğa ulaşması gerektiğini düşünürüz.

<sup>69</sup> CGK, 29.06.2021, E. 2018/139, K. 2021/317; CGK, 11.4.2017, E. 2015/15-510, K. 2017/225. “Dolandırıcılık suçunun oluşabilmesi için; failin bir kimseyi kandırabilecek nitelikte hileli davranışlarla hataya düşürüp onun veya başkasının zararına, kendisine veya başkasına yarar sağlanması gerekmektedir. Hile nitelikli bir yalandır. Fail tarafından yapılan hileli davranış belli oranda ağır, yoğun ve ustaca olmalı, sergileniş açısından mağdurun inceleme olanağını ortadan kaldıracak nitelikte bir takım hareketler olmalıdır. Kullanılan hileli davranışlarla mağdur yanılığa düşürülmeli ve bu yanıltma sonucu yalanlara inanan mağdur tarafından sanık veya bir başkasına haksız çıkar sağlanmalıdır. Hilenin kandırıcı nitelikte olup olmadığı olaysal olarak değerlendirilmeli, olayın özelliği, fiille olan ilişkisi, mağdurun durumu, kullanılmışsa gizlenen veya değiştirilen belgenin nitelikleri ayrı ayrı nazara alınmalıdır.”, 15. CD, 4.3.2014, E. 2012/10127, K. 2014/3884; “Suç tarihinde mağdurelere yaklaşan sanıkların; “cenazemiz var, kimsemiz yok, cenaze Almaya’dan geldi, cenazemizi okuyuverin de zekatını verelim” demeleri üzerine, mağdure Meryem, “okuyayım ama zekata ihtiyacım yok” cevabını verince sanıkların bu kez; “siz okuyun, biz sizin adınıza ihtiyacı olan bir kişiye zekatı veririz” diyerek bir miktar para çıkarıp kolundaki bileziğini vermesi gerektiğini, değiş tokuş yapacaklarını, okunduktan sonra geri vereceklerini söylemeleri ve mağdurun da inanarak bileziğini vermesi şeklinde gerçekleşen olayda, sanıkların basit bir yalanı aşan, mağduru yanıltacak ve kandıracak yoğunluk ve güçteki sözleri ile önce planlayıp sonra ustaca sergiledikleri hareketlerinin hileli davranış olarak kabulü gerektiğinden, hileli davranışlarla aldatma sonucunda mağdur zararına gerçekleşen eylemin hırsızlık değil dolandırıcılık suçunu oluşturacağı kabul edilmelidir. Aldatma aracı olarak kullanılan “cenaze için dua ya da Kur’an-ı Kerim okunması ve ardından ölen kişinin zekat borçlarının ödenmesi” hususunun dini inanç ve duygulara ilişkin olduğu ve mağdur Meryem’in bu yönde aldatılarak sanıklara bileziğini vermesinde etkili olduğu anlaşıldığından, sanıkların sabit kabul edilen eylemleri dinî inanç ve duyguların istismar edilmesi suretiyle dolandırıcılık suçunu oluşturmaktadır”, CGK, 02.04.2015, E. 2012/1556, K. 2013/109.

Kullanılan hilenin aldatıcı niteliğe sahip olmasının gerekip gerekmediği doktrinde tartışmalıdır. Doktrinde mağdurun aldatılmış olmasının yeterli olduğu, ayrıca fiilin aldatıcılık niteliğine sahip olup olmasının önemli olmadığı belirtildiği gibi<sup>70</sup>, fiilin aldatıcı nitelikte olması gerektiği de ifade edilmektedir. Fiilin aldatıcı nitelikte olması gerektiğini belirtenler, aldatıcılığın nasıl belirleneceğine ilişkin farklı görüşler ileri sürmektedirler. Bazı yazarlar, bir davranışın hile oluşturabilmesi için objektif olarak aldatmaya elverişli olması gerektiğini kabul etmektedirler. Bizim de katıldığımız diğer görüş ise mağdurun durumu, faille ilişkisi gibi bazı hususların göz önüne alınarak belirlenmesi gerektiğini ileri sürmektedir<sup>71</sup>. Bu görüşe göre hangi hareketin aldatmaya elverişli olduğu somut olaya göre ve mağdurun içinde bulunduğu duruma göre belirlenmelidir<sup>72</sup>. Objektif olarak bir kişiyi kandırabilecek nitelikte hilede dolandırıcılık suçunun oluşacağı hususu bir problem oluşturmamaktadır. Problem olan husus, mağdurun içinde bulunduğu durumun göz önüne alınıp alınmayacağıyla ilgilidir. Yargıtay da son görüşü kabul etmekte ve bu konuda hangi davranışların hileli olduğu ya da olmadığı veya bu kapsamda değerlendirilmesi gerektiği yolunda genel bir kural koymanın oldukça zor olduğunu belirterek, somut olayın özelliklerine göre bir değerlendirme yapılarak, olayın özelliği, mağdurun durumu, faille olan ilişkisi, kullanılmışsa gizlenen veya değiştirilen belgenin nitelikleri ayrı ayrı nazara alınmak suretiyle sonuca ulaşılması gerektiğini kabul etmektedir<sup>73</sup>.

Uygulamada sıklıkla banka tarafından verilen çeklerin sahtecilik yapılmak suretiyle<sup>74</sup> dolandırıcılık suçunda mağduru aldatma aracı olarak kullanılmasıyla karşılaşmaktadır. Bu olaylarda Yargıtay sahte çeki kullanarak yarar sağlayan kişinin eylemini dolandırıcılık (nitelikli) olarak kabul etmektedir<sup>75</sup>.

<sup>70</sup> Tezcan/Erdem/Önok, s. 874, 875.

<sup>71</sup> Önder, s. 372.

<sup>72</sup> Özgenç, İzzet, Ekonomik Çıkar Amacıyla İşlenen Suçlar, Ankara 2002, s. 19; Centel/Zaffer/Çakmut, s. 509; Koca/Üzülmmez, Özel Hükümler, s. 740, 741; Özbek/Doğan/Bacaksız, s. 714.

<sup>73</sup> CGK, 11.4.2017, E. 2015/15-510, K. 2017/225; CGK, 29.06.2021, E. 2018/139, K. 2021/317.

<sup>74</sup> Türkiye’de en fazla sahtecilik ve dolandırıcılığın görüldüğü alan, sahte çek dosyalarıdır: Atalan, Mustafa, Dolandırıcılık Güveni Kötüye Kullanma ve Sahtecilik Suçları Şerhi, Ankara 2015, s. 236.

<sup>75</sup> “...saniğin bilirkişi raporuna göre tamamen sahte olarak oluşturulmuş 30.8.2007 tarihli ve 6.300 TL bedelli çeki müştekiden satın aldığı akaryakıt karşılığında ciro etmek suretiyle

### III. HİLENİN ZAMANI

#### A. Hilenin Zamanın Belirlenmesinde Önemli Olan Unsurlar

Dolandırıcılık suçunda hilenin gerçekleştirildiği zaman dolandırıcılık suçunun oluşup oluşmaması açısından önemlidir. Ancak bu zamanın belirlenebilmesi için dolandırıcılık suçuyla ilgili diğer unsurların da bilinmesi gerekir. Aşağıda dolandırıcılık suçunun oluşması ve hilenin zamanı açısından önemli olan diğer unsurlar kısaca incelenecektir.

Dolandırıcılık suçunun oluşması için kullanılan hile sonucunda mağdurun aldatılması ve hataya düşürülmesi gerekmektedir. Hataya düşürülmek suretiyle de malvarlığı üzerinde tasarrufta bulunulmasının sağlanması gerekir. Hata, olaylara ilişkin doğru olmayan, gerçeğe uygun olmayan tasavvurdur. Aldatma için aldatılanın tasavvuruna etki etmek gerekir. Birlikte sebep olmanın da yeterli olduğu ifade edilmektedir. Hatalı tasavvur olmaksızın sadece bilmemek dolandırıcılık suçunu oluşturmaz. Aldatılan kimse iddia edilen olayı gerçek kabul etmeli veya gerçek olabileceği ihtimalinden hareket etmelidir<sup>76</sup>.

*vermesi, katılanın bankaya ibrazında çekin keşideciye ait ödenmiş önceki bir çekin bilgilerinden faydalanılarak sahte oluşturulduğunun anlaşılması üddiasıyla açılan davada, sanığın eyleminin nitelikli dolandırıcılık suçunu oluşturduğu ve bun a göre cezalandırılmasına dair mahkemenin kabulünde bir isabetsizlik görülmemiştir...”, 15. CD, 09.06.2014, E. 2012/17947, K. 2014/11367; “...somut olay değerlendirildiğinde; sanığın, ... ve A... Hayat Emeklilik A.Ş’de genel koordinatör olduğunu beyan ettiği katılanlara, bankanın maddi varlığı olarak kabul edilen Türkiye ... başlıklı belgeleri sahte olarak düzenleyip vermek suretiyle paralarını değerlendireceğinden bahisle haksız menfaat temin etmesi şeklindeki eylemlerinin, TCK’nın 158/1-f maddesinde düzenlenen nitelikli dolandırıcılık suçunu oluşturduğu gözetilmeden, suç vasfının tayininde yanılığa düşülmek suretiyle yazılı şekilde basit dolandırıcılık suçundan mahkumiyet hükümleri tesis edilmesi”;* 15. CD, 17.10.2018, E. 2015/7146, K. 2018/6829; “Sanığın, katılan ...’nun yetkilisi olduğu... Maden Üretim A.Ş’den değişik tarihlerde satın aldığı sıva alıcısı ve saten alıcı malzemeleri karşılığında, hesap sahiplerinin elinden rızası dışında çıkıp sahte olarak düzenlenen 25/05/2009 tarih ve 9.570 TL bedelli, 10/05/2009 tarih ve 8.000 TL bedelli, 25/02/2009 tarih ve 8.000 TL bedelli, 31/03/2009 tarih ve 4.850 TL bedelli, 20/03/2009 tarih ve 6.000 TL bedelli, 05/03/2009 tarih ve 5.350 TL bedelli çekler ile 25/04/2009 tarih ve 7.000 TL bedelli, 04/05/2009 tarih ve 7.440 TL bedelli tamamen sahte olarak üretilmiş çekleri verdiği, çeklerin bankaya ibrazında sahteliklerinin tespit edildiği anlaşılmalı; sanığın eyleminin TCK’nın 158/1-f ve 43/1. maddelerinde düzenlenen zincirleme nitelikli dolandırıcılık ve aynı kanununun 204/1 ve 43/1. maddelerinde yer alan zincirleme resmi belgede sahtecilik suçlarını oluşturduğunu takdir eden mahkemenin kabulünde bir isabetsizlik görülmemiştir”, 15. CD, 5.12.2018, E. 2016/4670, K. 2018/9059.

<sup>76</sup> Bazı yazarlar iddianın doğruluğuna ilişkin basit şüphenin de hatanın kabulüne engel olmayacağını belirtmektedirler: Wessels/Hillenkamp, s. 114, 115.

Hataya düşmenin ve sonucunda tasarrufta bulunmanın kullanılan hile sonucunda gerçekleştirildiğinin tespit edilmesi gerekir. Bir başka ifadeyle dolandırıcılık suçunun oluşması için kullanılan hile ile aldatma, hataya düşürme arasında nedensellik bağı bulunmalıdır<sup>77</sup>. Bu tespitin yapılamadığı durumda dolandırıcılık suçunun gerçekleştiğinden bahsedilemeyecektir. Muhatabın hataya düşmesi, failin hilesinden değil de başka bir nedenden kaynaklanmışsa (örneğin kendisinden) ve failin de hatayı düzeltme yükümlülüğü bulunmuyorsa hile ile hataya düşme arasında nedensellik bağı söz konusu değildir<sup>78</sup>. Kullanılan hileye rağmen mağduru aldatmak mümkün olmamışsa dolandırıcılık suçu teşebbüs aşamasında kalmıştır.

Var olan hatalı tasavvurun fail tarafından hileli hareketlerle sürdürülmesi, aydınlatılmasının engellenmesi veya güçleştirilmesi suretiyle sürdürülmesinde de dolandırıcılık suçunun oluştuğu kabul edilmektedir. Bunun icrai veya ihmali hareketle gerçekleştirilmesi önemsizdir. Ancak hatanın sadece kötüye kullanılması dolandırıcılık suçunu oluşturmaz<sup>79</sup>.

Dolandırıcılık suçunun oluşması için mağdurun aldatılmış olması da yetmemekte, hataya düşmesi nedeniyle malvarlığı üzerinde tasarrufta bulunması da gerekmektedir. Tasarrufta bulunması hataya düşmesinin sonucu olmalıdır. Yani hilenin neden olduğu hatanın kendisinin veya üçüncü bir kişinin malvarlığı üzerinde tasarrufta bulunmasına neden olmalıdır. Aldatma hareketi ile tasarrufta bulunma arasında nedensellik bağı bulunmalıdır<sup>80</sup>. Ancak aldatma hareketinin tasarrufun tek nedeni olması gerekmemektedir. Gerçek olay akışı ile somut sonuç arasındaki bağlantının önemli olduğu belirtilmektedir. Dolandırıcı olan bir kişi asilzade olduğunu belirterek fabrikatör dul bir kadını kandırır ve evlenmeyi vaat ederek iş kurmak için 20.000 Euro'ya ihtiyacı olduğunu söyler ve bu parayı alır, ortadan kaybolur ve parayı kumarda kaybeder. Kadın yaşama sevinci verdiğini belirterek kumar oynamak için isteseydi de o parayı vereceğini belirtir. Olayda şart teorisine göre kadının yine de parayı verecek olması (varsayılan nedensellik) nedenselliği<sup>81</sup> ortadan

<sup>77</sup> Schönke/Schröder-Cramer/Perron, § 263, kn. 32.

<sup>78</sup> Bkz.: Centel/Zafer/Çakmut, s. 508.

<sup>79</sup> Wessels/Hillenkamp, s. 117.

<sup>80</sup> Wessels/Hillenkamp, s. 117.

<sup>81</sup> Varsayılan nedensellikte varsayılan nedenler (yine de gerçekleşecek olması) in dikkate alınmaması, somut olayda hareket ile netice arasında nedenselliğin bulunmasına

kaldırmamaktadır<sup>82</sup>. Ancak mağdur malvarlığı üzerindeki tasarrufu aldatma nedeniyle değil de tamamen başka nedenle gerçekleştirmişse yapılan tasarrufla aldatma arasında nedensellik bulunmamaktadır<sup>83</sup>.

Kullanılan hile sonucunda aldatılan kişinin kendisinin veya bir başkasının zararına olarak malvarlığında tasarrufta bulunması gerektiğinden aldatılan kişiyle tasarrufta bulunan kişinin aynı kişi olması gerekir<sup>84</sup>. Tasarrufta bulunmak suretiyle kendisinin veya bir başkasının malvarlığında bir zarara neden olması gerekir. Hataya düşürülen kişi ile malvarlığında zarar oluşan kişinin farklı olmasına üç köşeli dolandırıcılık adı verilmektedir<sup>85</sup>. Üç köşeli dolandırıcılığın söz konusu olabilmesi için hataya düşürülen kişinin tasarruf yetkisinin hukuki veya fiili olarak bulunması gerekir. Örneğin tüzel kişinin temsilcisinin hataya düşürülerek iş sahibi zararına tasarrufta bulunduğu üç köşeli dolandırıcılık söz konusudur. Yine bilgisayarını tamir ettirmek isteyen kişinin bilgisayar teknisyeniyle yaptığı konuşmayı dinleyen kişinin bir süre sonra işyerine gelerek teknisyenin yardımcısı olduğunu sekretere söylemesi ve bilgisayarı alması durumunda sekreterin fiili hareket yetkisi olduğundan tasarruf gerçekleşmiş ve dolandırıcılık suçu oluşmuştur<sup>86</sup>.

Tasarruf, özel hukuk, medeni hukuk anlamında değil, sadece maddi anlamda tasarrufu ifade etmektedir. Tasarruf, hukuki işlemle gerçekleştirilebileceği gibi (eşya ısmarlama, ödünç para verme, garanti verme, bir alacağın ibrası gibi), mağdurun kendisinin veya üçüncü kişinin malvarlığında ekonomik anlamda doğrudan zarara neden olacak her türlü maddi hareketle, katlanmayla veya ihmalle yapılabilir<sup>87</sup>.

Hile yapılmakla beraber, hilenin kullanıldığı kişinin tasarrufta bulunmasının beklenmediği ve söz konusu olmadığı durumlarda dolandırıcılık suçu gerçekleşmiş olmaz, başka bir suçun varlığı söz konusu olabilecektir. Örneğin *“müdahili telefonla arayıp bir bankadan aradığını ve banka görevlisi olduğunu, kredi kartından çekilen kart ücretinin iadesi için kart*

---

bakılması gerektiği belirtilmektedir: Schönke/Schröder-Lenckner/Eisele, Vorbem §§ 13ff, kn. 80.

<sup>82</sup> Aksi görüş için bkz.: Tezcan/Erdem/Önok, s. 886.

<sup>83</sup> Bkz.: Wessels/Hillenkamp, s. 120, 121.

<sup>84</sup> Özgenç, Ekonomik Çıkar Amacıyla İşlenen Suçlar, s. 27.

<sup>85</sup> Tröndle/Fischer, § 263 a, kn. 47; Önder, s. 378.

<sup>86</sup> Centel/Zafer/Çakmut, s. 500, 501.

<sup>87</sup> Wessels/Hillenkamp, s. 117. Ayrıca bkz.: Centel/Zafer/Çakmut, s. 500.

bilgilerinin gerektiğini söyleyen ve müdahilden bu şekilde temin ettiği kart numarası, son kullanma tarihi ve güvenlik numarası bilgilerini mail order sistemiyle kullanarak bir mağazadan alışveriş yapan sanığın eylemi” dolandırıcılık suçu oluşturmaz<sup>88</sup>.

Tasarruf bilinçli veya bilinçsiz gerçekleştirilebilir. Ancak dolandırıcılık suçunun konusunun taşınabilir bir mal veya eşya olması halinde, mal veya eşyanın verilmesinin bilinçli olması gerektiği belirtilmelidir. Tasarruf bilinci, dolandırıcılıkla, hırsızlık suçunu ayırmada sınır olarak ortaya çıktığından suçun konusunun mal ve eşya olduğunda tasarrufun bilinçli şekilde gerçekleştirilmesi gerektiği belirtilmektedir<sup>89</sup>. Mal ve

<sup>88</sup> Yargıtay bu durumda eylemin kül halinde TCK m. 245 kapsamında olduğunu kabul etmektedir: “müdahili telefonla arayıp bir bankadan aradığını ve banka görevlisi olduğunu, kredi kartından çekilen kart ücretinin iadesi için kart bilgilerinin gerektiğini söyleyen ve müdahilden bu şekilde temin ettiği kart numarası, son kullanma tarihi ve güvenlik numarası bilgilerini mail order sistemiyle kullanarak bir mağazadan alışveriş yapan sanığın eyleminin bir bütün olarak banka ve kredi kartlarının kötüye kullanılması suçunu oluşturduğunu gözetilerek 5237 sayılı TCK’nın 245/1. madde ve fıkrası uyarınca cezalandırılması ile yetinilmesi gerekirken yazılı şekilde iki ayrı suç olarak kabulüyle ayrıca dolandırıcılık suçundan da hüküm kurulması yasaya aykırı olup hükmün bu nedenle bozulması gerekmektedir”, 8. CD, 13.06.2012, E. 2012/11116, K. 2012/20386, Gül, Ahmet, Doğrudan Dolaylı Bilişim Suçları, Ankara 2016, s. 137; “Sanığın katılanın kullandığı telefonu arayarak “ düzenli ödeme yaptığımız için size hediye göndereceğiz” şeklinde sözlerle katılanı aldatıp ondan temin ettiği kredi kartı bilgilerini, katılanın bilgi ve rızası dışında kullanarak mail order yöntemi ile katılanın kredi kartından toplamda 200 TL çekim yaptığı, bu şekilde sanığın başkasına ait banka veya kredi kartının izinsiz kullanılması suretiyle yarar sağlama suçunu işlediği iddia edilen olayda; sanığın tevili ikrar yollu savunmaları, katılan beyanları, banka cevabi yazıları ve dosya kapsamına göre; katılanın ait kart bilgilerinin kullanarak haksız menfaat temin edildiği anlaşılınca, tebliğnamedeki eylemin uzlaşma kapsamında kalan basit dolandırıcılık suçunu oluşturduğu yönündeki görüşe iştirak edilmeksizin, sanığın eyleminin 5237 sayılı TCK’nın 245/1 maddesinde düzenlenen “banka veya kredi kartlarının kötüye kullanılması suçunu oluşturacağı” gözetilmeden, suç vasfında yanılığa düşülerek yazılı şekilde aynı kanunun 157/1 maddesi gereğince hüküm kurulması, bozmayı gerektirmiştir”, 15. CD, 01.03.2021, E. 2020/12622, K. 2021/2178.

<sup>89</sup> “Olay tarihinde kimliği tespit edilemeyen bir kişi ile birlikte katılanların evinin önüne fal bakmak bahanesi ile gelen sanığın, katılanlardan bir bardak su istediği ve suya bakarak “Kocan kaza geçirecek, sizde ölü var, altınlarımızı getirin okuyayım, bela gitsin” dediği, katılan ...’in evde altın olmadığını söylemesi üzerine “Hayır var, suda görünüyor” diyerek katılanların bu duruma inanmalarını sağlayıp evin içerisine girdiği, katılan ...’in bir kese içinde kendisine verdiği altınları aldıktan sonra da “Yumurta getirin okuyayım” dediği, yumurtayı aldıktan sonra okuduğu altınları yumurta ile birlikte bir beze sarıp bu bezi kendi elbiselerinin arasına koyduğu ve ardından bezin içinde bulunan altınları evin bir odasına koyduğundan söz edip odanın kapısını kilitlediği, odanın anahtarının kendisinde kalacağını söyleyerek katılan ... ile birlikte odadan çıktığı, daha sonra gelip kapıyı açacağını söyleyerek bir şekilde aldığı altınları da yanına alarak evden ayrıldığı iddia ve kabul olunması karşısında, mevcut delillerin

eşyanın dışındaki hak veya alacaklar, kazanç beklentisi gibi tasarruflarda mağdurun bilinçli hareket etmesinin gerekmediği ifade edilmektedir<sup>90</sup>. Tasarrufun icrai veya ihmali olarak gerçekleştirilebileceği ifade edilmektedir. Örneğin bir kişiye imzalaması gereken notla birlikte bir sipariş formu da imzalatılsa sipariş verdiğini bilmeyen kimseye karşı dolandırıcılık suçunun oluştuğu belirtilmektedir<sup>91</sup>.

*değerlendirilmesi ve suç vasfının tayini açısından, suça konu altınların zilyetliğinin sanığa devredilip devredilmediği, sanığın aldatma aracı olarak kullandığı “Fal bakma, dua okuma” vb. hususların dini inanç ve duygulara ilişkin olup olmadığı ve bu bağlamda sanığın eyleminin TCK’nın 158/1-a maddesinde düzenlenen “Dini inanç ve duyguların istismar edilmesi suretiyle” nitelikli dolandırıcılık suçunu ya da suç tarihinde yürürlükte bulunan TCK’nın 142/1-b maddesinde düzenlenen “Herkesin girebileceği bir yerde bırakılmakla birlikte kilitlenmek suretiyle ya da bina veya eklentileri içinde muhafaza altına alınmış eşya hakkında” hırsızlık suçunu oluşturup oluşturmayacağı tartışılıp değerlendirilmesi gerekmektedir. Bu görev ise 5235 sayılı Kanun’un 11. maddesi uyarınca ağır ceza mahkemesine aittir. Bu nedenle Asliye Ceza Mahkemesince 5271 sayılı CMK’nın 4 ve 5. maddeleri uyarınca yargılama görevinin ağır ceza mahkemesine ait olması nedeniyle görevsizlik kararı verilmesi gerekirken, yargılamaya devamla hüküm kurulması kanuna aykırı olup hükmün öncelikle görev yönünden bozulmasına karar verilmesi gerektiği kabul edilmelidir”, CGK, 01.11.2018, E. 2016/570, K. 2018/497; “Hileli davranışların sergilendiği her olay dolandırıcılık suçu olarak vasıflandırılmayacaktır. Hile başka bir suçun işlenmesinin kolaylaştırılması veya işlendikten sonra açığa çıkmasının önlenmesi amacıyla da kullanılabilir. Oysa dolandırıcılığın hareket unsuru olan hilenin, mağdurun irade ve rızasını elde etmeye yönelik olması gereklidir. Dolayısıyla dolandırıcılıkta kullanılan hile mağdurun kanmasını ve menfaati rızasıyla faile veya göstereceği kişiye teslim etmesini sağlayacak nitelikte olmalıdır. Dolandırıcılıkta mağdurun malı teslimde rızası vardır, fakat bu rıza hile kullanıldığı için sakatlanmıştır. Hileli davranışlar geçici de olsa rızai bir teslimi doğurmuş, bu bağlamda mal, failin el çabukluğu veya özel becerisi gibi maddi bir hareketiyle bulunduğu yerden alınmak suretiyle elde edilmiş ise eylem dolandırıcılık suçunu değil hırsızlık suçunu oluşturacaktır. Hırsızlık suçunun işlenmesinden önce kolaylaştırıcı unsur olarak hile kullanılması, suçun işleniş biçimi ve failin kasta dayalı kusurunun ağırlığı kapsamında TCK’nın 61. maddesi uyarınca temel cezanın belirlenmesinde dikkate alınabilecektir. Bu açıklamalar ışığında uyuşmazlık konusu değerlendirildiğinde; Bir numaralı uyuşmazlık konusunda anlatıldığı şekilde gerçekleşen olayda; katılanın, banka kartını kendisine yardım talebinde bulunan sanığa hesabındaki parayı çekmesi için kısa süreliğine ve geri almak üzere teslim ettiği, sanığın el çabukluğuyla banka kartlarını değiştirdiğini fark etmeyen katılanın, kartının sanık tarafından kendisine iade edildiğini düşündüğü, dolayısıyla kartını geri aldığını sanan katılanın, kartının sanıkta kalmasına rızasının bulunmadığı, sanığın ekonomik değere sahip olduğunda kuşku bulunmayan menkul mal niteliğindeki banka kartını katılanın rızası hilafına ele geçirdiği, söz konusu banka kredi kartının mülkiyet veya zilyetlik hakkının, aldatılmış rızaya dayalı olsa bile katılan tarafından sanığa devredilmediği anlaşıldığından sanığın eyleminin hırsızlık suçunu oluşturduğu kabul edilmelidir”, CGK, 10.04.2018, E. 2014/412, K. 2018/160.*

<sup>90</sup> Schönke/Schröder-Cramer/Perron, § 263, kn. 60; Wessels/Hillenkamp, s. 119.

<sup>91</sup> Schönke/Schröder-Cramer/Perron, § 263, kn. 60.



Tasarruf sonucunda hileye maruz kalan kişinin veya üçüncü kişinin malvarlığında azalma olmalıdır. Kanun koyucu bunu 157. maddede kendisinin veya başkasının zararına olarak ifadesiyle belirtmiştir. Zarar, malvarlığında azalma veya eksilme olduğu takdirde kabul edilmektedir<sup>92</sup>. Dolayısıyla mağdurun veya bir başka kişinin malvarlığında azalma olması durumunda zarar gerçekleşecek, malvarlığında azalmanın söz konusu olmadığı durumlarda ise zarar ve dolandırıcılık suçu oluşmayacaktır. Örneğin kişinin kendi malını alabilmek için hileye başvurduğunda dolandırıcılık suçu oluşmayacaktır. Buna karşılık bedelini ödediği malı teslimine yanaşmayan kişiden hile kullanılarak malın alınması, taksitle malın satılmasından sonra malı alan kişinin taksitleri zamanında ödememesi nedeniyle hile kullanılarak malın alınması durumunda mülkiyet hakkı hâlâ satıcıda olduğundan veya alıcıya geçtiğinden, dolayısıyla bu kişilerin malvarlığında zarar oluştuğunda dolandırıcılık suçu oluşur<sup>93</sup>. Ancak bu hal TCK m. 159'da cezanın daha az verilmesini gerektiren bir neden olarak kabul edilmiştir. Gerçekleşecek muhakkak kardan yoksun bırakma da zarar kapsamındadır. İlerde oluşabilecek muhtemel zararlar, zarar tehlikesi ise bu kapsamda değildir.<sup>94</sup>

Dolandırıcılık suçunun oluşması için mağdurun veya başkasının zararına karşılık failin veya başkasının yarar sağlamış olması gerekir. Mağdurun veya bir başkasının malvarlığında azalmaya karşılık, failin veya başkasının malvarlığında artış olması, yani yarar sağlanması gerekir. Dolandırıcılık suçunda yararın söz konusu olması için malvarlığının aktifinde bir artış meydana gelmesi<sup>95</sup> veya pasifinde bir azalma olması<sup>96</sup> gerekir. Yararın maddi nitelikte olması, ekonomik değerinin bulunması gerekir<sup>97</sup>. Ancak konunun tartışmalı olduğu da belirtilmelidir<sup>98</sup>. Yargıtay

<sup>92</sup> Schönke/Schröder-Cramer/Perron, § 263, kn. 99; Wessels/Hillenkamp, s. 118.

<sup>93</sup> Özgenc, Ekonomik Çıkar Amacıyla İşlenen Suçlar, s. 27, 28; Koca/Üzülmez, Özel Hükümler, s. 744.

<sup>94</sup> Tezcan/Erdem/Önok, s. 887, 888.

<sup>95</sup> Schönke/Schröder/Perron, StGB- §263, kn. 167.

<sup>96</sup> Önder, s. 378.

<sup>97</sup> Özgenc, Ekonomik Çıkar Amacıyla İşlenen Suçlar, s. 28.

<sup>98</sup> *Hukuksal malvarlığı teorisi*, malvarlığının teker teker malvarlığı haklarının toplamından oluştuğunu, *sırf ekonomik malvarlığı teorisi*, parasal değeri olan malların malvarlığını oluşturduğu, ahlaka veya hukuka uygun elde edilmesinin aranmadığını, *hukuksal-ekonomik malvarlığı teorisi* (hakim görüş), hukukun onaylamadığı şekilde elde edilmeyen veya hukuk düzeninin koruması altında olan her türlü ekonomik değerlerin malvarlığı kapsamına girdiğini, salt hukuksal malvarlığı teorisi, ekonomik değer taşıyıp

elde edilen yararın ekonomik nitelikte olduğunu kabul etmektedir<sup>99</sup>. Hukukun onaylamadığı şekilde elde edilen değerler, hukuk düzeninin koruması altında olmayan değerler malvarlığı kavramı içinde değiller<sup>100</sup>. Ancak doktrinde malvarlığında azaltma meydana getiren kişinin malvarlığı değerine ne şekilde sahip olduğunun önemli olmadığı, ahlaka, hukuka aykırı olarak sahip olunan malların da malvarlığına dahil olduğu belirtilmektedir. Aynı şekilde hile ile elde edilen yararın da haksız veya ahlaka uygun olmasının gerekmediği de ifade edilmektedir<sup>101</sup>. Yargıtay'ın da bu görüş doğrultusunda verdiği kararlar bulunmaktadır<sup>102</sup>.

Yararın sağlanması için malvarlığına dahil değer mülkiyetinin faile veya üçüncü kişiye geçmesi gerekmemektedir. Bir maldan geçici yararlanma imkanının elde edilmesinin de yeterli olduğu kabul edilmektedir<sup>103</sup>.

Yararın sağlanmasıyla hile arasında da nedensellik bağının bulunması gerekir. Yararın sağlanması hileli davranış aldatılma sonucunda olmamışsa dolandırıcılık suçunun tamamlanması söz konusu olmayacaktır. Hile kullanılmasına ve mağdurun aldatılmasına rağmen yarar aldatılmaya bağlı değilse dolandırıcılık suçu tamamlanmamıştır.

---

taşımadığına bakmaksızın malvarlığına ilişkin her tür hak ve yükümlülüğünün malvarlığını oluşturduğunu ileri sürmektedir: Görüşler için bkz.: Wessels/Hillenkamp, s. 123 vd.; Tezcan/Erdem/Önok, s. 887.

<sup>99</sup> CGK, 27.03.2018, E. 2015/983, K. 2018/126; CGK, 14.02.2017, E. 2014/419, K. 2017/66.

<sup>100</sup> Wessels/Hillenkamp, s. 126, 127.

<sup>101</sup> Centel/Zafer/Çakmut, s. 501, 513.

<sup>102</sup> "Olay günü saat 20.00 sıralarında otobüs terminali önünde yol kenarında bekleyen sanığın, aracı ile seyir halindeki şikâyetçiye durması için işaret ettiği, bunun üzerine yanına gelen şikâyetçi ile 40 TL karşılığında cinsel ilişkiye girme konusunda anlaştığı, ardından parayı alıp şikâyetçiye ileride kendisini beklemesini söyledikten sonra ortadan kaybolduğu olayda; akşam saatinde yol kenarında bekleyen sanığın, kendisine ahlâka aykırı bir amaçla yaklaşan şikâyetçiye bu amacın gerçekleşeceği kanaatini verecek şekilde şikâyetçi ile pazarlık yaptığı, maddi yarar sağladıktan sonra ortadan kaybolduğu, şikâyetçinin zararının ahlâka aykırı isteğin yerine getirilmemesi nedeniyle değil, aksine bu isteğin gerçekleştirileceği yönündeki sanığın hileli davranışı neticesinde meydana geldiği, şikâyetçinin meydana gelen zararını talep edememesinin özel hukuk konusu olduğu ve dolandırıcılık suçunun oluşmasına engel teşkil etmediği, sanığın ahlaka aykırı bir yöntemle başvurarak gerçekleştirdiği hileli davranışlarının somut olayda hukuki boyuttan çıkıp cezai sorumluluğu gerektiren aldatıcı nitelikte olduğu ve bu şekilde atılı dolandırıcılık suçunun yasal unsurları itibarıyla oluştuğu kabul edilmelidir", CGK, 11.12.2018, E. 2015/1072, K. 2018/633.

<sup>103</sup> Tezcan/Erdem/Önok, s. 889

## B. Hilenin Zamanı

Dolandırıcılık suçu yararın sağlanmasıyla tamamlanmaktadır. Yararın sağlanmasından sonra yapılan hareketler gerçekleşmiş suçtan sonra yapılan hareketler olup, suç teorisi kuralları gereğince dolandırıcılık suçunu oluşturmaları söz konusu değildir. Ayrıca hile, aldatma, tasarruf etme ve yarar sağlama birbiriyle bağlantılı olarak gerçekleşmek zorundadır. Yani yapılan hileyle kişinin aldatılması ve aldatılan bu kişinin tasarrufta bulunması ve yarar sağlanması arasında nedensellik bağının bulunması gerekmektedir. Dolayısıyla hilenin mağdurun hataya düşürülmesinden, tasarruf etmesinden ve yararın sağlanmasından önce gerçekleştirilmesi gerektiği anlaşılmaktadır. Yararın sağlanmasından sonra yapılan hareketlerin dolandırıcılık suçunu oluşturmaları mümkün değildir<sup>104</sup>.

Yukarıda yapılan açıklamalar gereğince yararın elde edilmesinden sonra taahhüt edilen miktarın verilmemesi, önceden doğan borcun ödenmemesi için yapılan hileli hareketler dolandırıcılık suçunu oluşturmaz. Yargıtay kararları da bu yöndedir: “*Sanığın, çek keşide etmeye yetkili olduğu şirket adına başkasına keşide ettirdiği çeki, katılana mazot alışverişi karşılığı verdiği*

<sup>104</sup> “*Sanığın, keşidecisi ... Limited Şirketi olan ve üzerinde ödemedi men yasağı bulunan 17.000 TL ve 13.000 TL değerinde iki adet çeki ele geçirek... Belediyesi’ne vergi borcuna mahsuben vermek suretiyle nitelikli dolandırıcılık ve resmi belgede sahtecilik suçlarını işlediğinin iddia edildiği olayda;... Ayrıntıları Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 03/03/1998 tarih ve 6/ 8-69 E. K. sayılı kararında da açıklandığı üzere, önceden doğmuş bir borç için hileli davranışlarda bulunulması halinde, zarar veya borç kandırıcı nitelikte davranışlar sonucu doğmayacağından dolandırıcılık suçunun unsurları itibarıyla oluşmayacağı dikkate alınarak sanığın söz konusu çekleri katılan ...’na vergi borcuna karşılık olarak verdiği sabit olması nedeniyle nitelikli dolandırıcılık suçundan beraatine hükmedilmesi gerektiği gözetilmeksizin yazılı şekilde mahkumiyet hükmü kurulması”, 15. CD, 11.12.2018, E. 2018/429, K. 2018/9308, “Sanık ...’nin, babası ... ve kardeşi ...’nin yetkilisi olduğu ... Turizm Sanayi ve Ticaret Limited Şirketine ait çek hesabına ait çek koçanlarının şirkete ait petrol istasyonunda bulunduğu, şirket yetkililerinin 2007 yılı içerisinde umre vesilesi ile yurtdışına çıkması üzerine, sanığın şirkete ait iki adet çeki 05/01/2008 tarihli, 13.000 TL bedelli ve 12/01/2008 tarihli, 17.500 TL bedelli olarak doldurup imzalıktan sonra, söz konusu çekleri 30.500 TL borç para aldığı katılana verdiği, suça konu çeklerin bankaya ibrazında ödemedi men talimatı bulunması üzerine şirket yetkilileri hakkında yapılan icra takiplerine yetkililerin imza itirazında buldukları ve başlatılan icra takiplerinin durduğu, bu şekilde sanığın yetkisi olmadığı halde çek keşide etmek ve bu çekleri katılana verip kullanmak suretiyle üzerine atılı “resmi belgede sahtecilik” ve “nitelikli dolandırıcılık” suçlarını işlediğinin iddia edildiği somut olayda; sanığın açıkça çek keşide etme yetkisi verilmemiş olmasına rağmen şirket çeklerini keşide ederek resmi belgede sahtecilik suçunu işlediği anlaşıldığından mahkemenin kabul ve uygulaması ile sanığın suça konu çekleri katılana verme anının net olarak tespit edilememiş olması karşısında; şüpheden sanık yararlanır ilkesi de göz önüne alındığında mahkemece verilen beraat hükmünde bir isabetsizlik görülmemiştir”, 15. CD, 04.12.2018, E. 2018/1657, K. 2018/8913.*

ve sonrasında ödemedi men talimatı vererek ödemesini engellediği gibi, imzanın kendisine ait olmadığını belirterek yapılan icra takibini de iptal ettirdiği, böylece haksız menfaat temin ettiği iddia edilen olayda; sanık hakkında nitelikli dolandırıcılık suçundan beraate ilişkin hükme dair katılan vekilinin temyiz taleplerinin incelenmesinde; ayrıntıları Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 03/03/1998 gün ve 6/8 – 69 Sayılı kararında açıklandığı üzere, **önceden doğmuş bir borç için hileli davranışlarda bulunulması halinde, zarar veya borç kandırıcı nitelikte davranışlar sonucu doğmayacağından unsurları itibariyle oluşmayan nitelikli dolandırıcılık suçundan verilen beraat hükmünde bir isabetsizlik görülmemiştir**<sup>105</sup>. Bu anlamda önceden doğan borcu meşrulaştırmak için yapılan hileli hareketler de dolandırıcılık suçunu oluşturmaz<sup>106</sup>. Yararın sağlanmasından sonra bankaya doğru olmadığı halde çekin karşılıksız çıkması veya ödememek için kayıp veya çalıntı bildirimini yapılması, ödemedi men talimatı verilmesi de dolandırıcılık suçunu oluşturmaz<sup>107</sup>.

<sup>105</sup> 15. CD, 17.12.2018, E. 2017/15224, K. 2018/9639; “Sanığım, çek keşide etmeye yetkili olduğu şirket adına başkasına keşide ettirdiği çeki, katılana mazot alışverişi karşılığı verdiği ve sonrasında ödemedi men talimatı vererek ödemesini engellediği gibi, imzanın kendisine ait olmadığını belirterek yapılan icra takibini de iptal ettirdiği, böylece haksız menfaat temin ettiği iddia edilen olayda; Sanık hakkında nitelikli dolandırıcılık suçundan beraate ilişkin hükme dair katılan vekilinin temyiz taleplerinin incelenmesinde; Ayrıntıları Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 03/03/1998 gün ve 6/8 – 69 Sayılı kararında açıklandığı üzere, önceden doğmuş bir borç için hileli davranışlarda bulunulması halinde, zarar veya borç kandırıcı nitelikte davranışlar sonucu doğmayacağından unsurları itibariyle oluşmayan nitelikli dolandırıcılık suçundan verilen beraat hükmünde bir isabetsizlik görülmemiştir.” 15. CD, 17.12.2018, E. 2017/15224, K. 2018/9639; “katılan ile sanık arasında gerçekleşen alış-veriş karşılığı düzenlenen ve katılana verilen 30/09/2007 keşide tarihli çekin iade edilmesi üzerine düzenlenen suça konu 30/10/2007 keşide tarihli çekin önceden doğan borca karşılık verildiğinin anlaşılması karşısında, unsurları itibariyle oluşmayan suçtan verilen beraat kararında sonucu itibariyle bir isabetsizlik görülmemiştir”, 23. CD, 04.05.2016, E. 2015/9230, K. 2016/5825; “Sanık ... yönünden yapılan incelemede, Sanık ...'in “katılana önceden olan borcu nedeni ile suça konu çeki verdiğine” dair savunması ve katılanın da yargılama aşamasında “sanığa kredi sağlamak için kendisine ait çeki hatır çeki olarak verdiğini, sanığında bir süre sonra suça konu çeki kendisine getirdiğine” dair beyanı karşısında, ayrıntıları Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 03/03/1998 gün ve 6/8 – 69 Sayılı kararında açıklandığı üzere, önceden doğmuş bir borç için hileli davranışlarda bulunulması halinde, zarar veya borç kandırıcı nitelikte davranışlar sonucu doğmayacağından dolandırıcılık suçunun unsurları itibariyle oluşmayacağı gözetilmeden yazılı şekilde mahkumiyet kararı verilmesi”, 15. CD, 18.09.2018, E. 2015/9351, K. 2018/5656. Ayrıca bkz.: 15. CD, 16.5.2017, 25727/10930.

<sup>106</sup> “...esasen elde edilmiş bir yararı meşrulaştırmak için hile ve desiseler kullanılması veya önceden oluşmuş bir zarar veya doğmuş bir borç için mağdura karşı hileli davranışlarda bulunulması halinde dolandırıcılık suçu oluşmaz”, CGK, 04.11.2003, E. 2003/6- 235, K. 2003/ 263.

<sup>107</sup> “Sanıklardan ...'in babası Cevdet'e tanık Pilatin tarafından satılan dört daireye ilişkin; katılanın, dört dairenin kendi adına tanık Pilatin tarafından C. Y.'e satıldığı, üç dairenin bedelini

Yarardan önce hileli hareketler yapmışsa ve yarar sağlamışsa dolandırıcılık suçu oluşacaktır<sup>108</sup>. Ancak yarardan önce hile teşkil eden hareketlerin

*aldığını, kalan dairenin karşılığında kendisine suça konu çeklerin verildiğini iddia etmesine rağmen tanık Pilatin'in, katılanın kendisinden satın alıp daha sonra anlaşmadan vazgeçerek iade ettiği dört daireyi C. Y.'e sattığını ve karşılığında aldığı çeklerden bir kısmını borcundan dolayı katılana devrettiğini, bunların içinde suça konu çeklerin olmadığını, daha sonra katılanın istemi üzerine sanık ... tarafından keşide edilen bir kısım çekleri de ciroladığını ifade etmesi karşısında; sanıklar ile katılan arasındaki ticari ilişkinin niteliği ile çeklerin hangi amaçla verildiği kesin olarak saptanamamış ise de; sanık ... tarafından keşide edilen suça konu 25.06.2006 ve 30.05.2006 tarihli çekler ile bu çeklerin arka yüzünde sanık ... ve tanık Pilatin tarafından oluşturulan ciroların sahte olmaması dikkate alındığında; sanıkların hileli davranışlarla hareket ettiklerine dair her türlü şüpheden uzak, kesin ve yeterli delil bulunmadığı, sadece iddia edilen mal alışından sonra ödemedi men talimatı verme şeklindeki eylemin dolandırıcılık suçunun hile unsurunu oluşturmadığı ve taraflar arasındaki ihtilafın hukuki uyumsuzluktan ibaret olduğu kabul edilmelidir.*, CGK, 11.4.2017, E. 2015/15-510, K. 2017/225; "Sanığın, karşılığı olmadığı halde, katılana verdiği HSBC Bank İstanbul Şubesine ait 05.12.2008 keşide tarihli 4.388,00 TL bedelindeki çek için ilgili bankaya müracaat ederek, çekin rızası hilafına elinden çıktığı gerekçesi ile ödemedi men talimatı talebinde bulunduğu, bu nedenle çekin bedelinin tahsil edilmediği somut olayda; Sanığın suç kastının olmadığına ve borcu inkar etmediğine ilişkin savunması, suça konu çekin usulüne uygun olarak bankadan alınmış gerçek çek olması, her hangi bir sahteliğin bulunmaması, ödemedi men talimatının tek başına dolandırıcılık suçunun hile unsurunu oluşturmayacağı hususları birlikte değerlendirildiğinde, sanık hakkında verilen beraat hükmünde her hangi bir isabetsizlik görülmemiştir", 15. CD, 10.03.2020, E. 2017/15086, K. 2020/3620; "Sanığın suç kastıyla hareket etmediğine dair savunmaları, çek üzerinde yaptırılan bilirkişi incelemesine göre keşideci imzasının sanığa ait olduğu, suça konu çekin usulüne uygun olarak bankadan alınmış gerçek çek olması, her hangi bir sahteliğin bulunmaması, çekin vadeli çek olup, ödemedi men talimatının tek başına dolandırıcılık suçunun hile unsurunu oluşturmayacağı hususları birlikte değerlendirildiğinde, sanık hakkında verilen beraat hükmünde her hangi bir isabetsizlik görülmemiştir", 15. CD, 05.11.2019, 2017/8687, K. 2019/10958; "Sanığın, suç tarihi itibari bisiklet toptancısı olup bisiklet üretimi yapan katılan şirketten bisiklet satın aldığı, bu ticari ilişki nedeniyle suça konu Vakıfbank... Şubesine ait 04/02/2009 keşide tarih 15.000 TL bedelli çekin de aralarında olduğu çok sayıda çeki keşide ederek katılan şirkete verdiği, daha sonra 03/09/2008 tarihinde çek hesabının bulunduğu banka şubesine müracaat edip, bu çekte dahil olmak üzere 8 adet 15.000 TL bedelli çeklerle ilgili rızası hilafına elinden çıktığı gerekçesi ile ödemedi men talimatı verdiği, bu nedenle çek bedelinin katılan şirkete ödenmediği, bu surette sanığın nitelikli dolandırıcılık suçunu işlediği iddia olunan somut olayda, suça konu çekin usulüne uygun olarak bankadan alınmış gerçek çek olması, her hangi bir sahteliğin bulunmaması, sanık tarafından suça konu çekle birlikte katılan şirkete 10 adet çek verildiği ve bunların bir kısmının ödendiğine ilişkin savunması ve bu savunmayı kısmen destekler nitelikteki tanık ...'in anlatımları, çekin vadeli çek olup, ödemedi men talimatının tek başına dolandırıcılık suçunun hile unsurunu oluşturmayacağı hususları birlikte değerlendirildiğinde, sanık hakkında verilen beraat hükmünde her hangi bir isabetsizlik görülmemiştir", 15. CD, 03.10.2019, E. 2017/6806, K. 2019/9436.

<sup>108</sup> Sahte çek kullanılarak (hile kullanılarak) yarar sağlanmasında dolandırıcılık suçunun oluştuğu noktasında bir problem bulunmamaktadır ("...somut olay değerlendirildiğinde; sanığın, ... ve A... Hayat Emeklilik A.Ş'de genel koordinatör olduğunu beyan ettiği katılanlara,

olduğu tespit edilememişse, yararın elde edilmesinden sonra hileye başvurulması, ödemededen men talimatı verilmesi dolandırıcılık suçu teşkil etmeyecektir. Yararın sağlanmasından sonra verilen çekler sahte olsa bile yarar sağlanmış olduğundan sahte çek verilmesi dolandırıcılık suçunu oluşturmayacaktır<sup>109</sup>. Daha önce anlaşılan miktarın, ödeme konusunda ekonomik açıdan sorun yaşanması, ödeme yeteneğinin yitirilmesi nedeniyle yerine getirilememesi halinde dolandırıcılık suçu oluşmaz. Bu durumda ödeme yeteneğinin varlığı konusunda bir zımni kabul söz konusu değildir<sup>110</sup>. Zira başlangıçta ödeme yeteneği bulunmaktadır. Ayrıca bu

*bankanın maddi varlığı olarak kabul edilen Türkiye ... başlıklı belgeleri sahte olarak düzenleyip vermek suretiyle paralarını değerlendireceğinden bahisle haksız menfaat temin etmesi şeklindeki eylemlerinin, TCK'nın 158/1-f maddesinde düzenlenen nitelikli dolandırıcılık suçunu oluşturduğu gözetilmeden, suç vasfının tayininde yanılıya düşülmek suretiyle yazılı şekilde basit dolandırıcılık suçundan mahkumiyet hükümleri tesis edilmesi"; 15. CD, 17.10.2018, E. 2015/7146, K. 2018/6829; "Sanığın, katılan ...'nun yetkilisi olduğu... Maden Üretim A.Ş'den değişik tarihlerde satın aldığı sıva alçısı ve satan alçı malzemeleri karşılığında, hesap sahiplerinin elinden rızası dışında çıkıp sahte olarak düzenlenen 25/05/2009 tarih ve 9.570 TL bedelli, 10/05/2009 tarih ve 8.000 TL bedelli, 25/02/2009 tarih ve 8.000 TL bedelli, 31/03/2009 tarih ve 4.850 TL bedelli, 20/03/2009 tarih ve 6.000 TL bedelli, 05/03/2009 tarih ve 5.350 TL bedelli çekler ile 25/04/2009 tarih ve 7.000 TL bedelli, 04/05/2009 tarih ve 7.440 TL bedelli tamamen sahte olarak üretilmiş çekleri verdiği, çeklerin bankaya ibrazında sahteliklerinin tespit edildiği anlaşılmakla; sanığın eyleminin TCK'nın 158/1-f ve 43/1. maddelerinde düzenlenen zincirleme nitelikli dolandırıcılık ve aynı kanununun 204/1 ve 43/1. maddelerinde yer alan zincirleme resmi belgede sahtecilik suçlarını oluşturduğunu takdir eden mahkemenin kabulünde bir isabetsizlik görülmemiştir", 15. CD, 5.12.2018, E. 2016/4670, K. 2018/9059). Ancak, geçerli çek kullanılması, ancak bankada karşılığının olmadığı durumlarda dolandırıcılık suçunun oluşup oluşmayacağı doktrinde tartışmalıdır. Bazı yazarlar dolandırıcılık suçunun oluşmadığını, şartları gerçekleşmişse karşılıksız çek keşide etme fiilinin meydana geleceğini benimsemektedirler: Bkz.: Donay, Süheyl, Son Değişiklikler Açısından Çek, İstanbul 1990, s. 105-108; Bakıcı, Sedat, 5237 Sayılı Yasa Kapsamında Ceza Hukuku Özel Hükümleri, C. 1, Ankara 2008, s. 251; Malkoç, İsmail, Açıklamalı-İçtihatlı 5237 Sayılı Yeni Türk Ceza Kanunu, C. 1, Ankara 2008, s. 1396; Parlar, Ali/Parlar, Aynur, Son Değişikliklerle Açıklamalı-İçtihatlı Çek Bankacılık ve Döviz Suçları, Ankara 2004, s. 71; Gündel, Ahmet, 5237 sayılı TCK'da Zimmet, Sahtecilik, Dolandırıcılık, Yağma, Hırsızlık, Güveni Kötüye Kullanma Suçları, Ankara 2009, s. 469. Ancak çek sahte olmasa bile karşılığının olmadığını bilerek, ödememek için veren kişi zımni olarak hile hareketini gerçekleştirmiştir, dolayısıyla da dolandırıcılık suçu oluşmuştur. Dolandırıcılık suçunun olduğu yönünde bkz.: Erdem, Mustafa Ruhan Erdem, "Yeni Türk Ceza Kanununda Malvarlığına Karşı Suçlar", <http://www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale.htm>, s. 540, 541. Ancak ödeme zamanı geldiğinde alacaklılardan parasını alarak ödeyeceği inancıyla hareket eden kişinin dolandırıcılık kastı olmayacağı için suç oluşmayacaktır.*

<sup>109</sup> 15. CD, 17.12.2018, E. 2017/15224, K. 2018/9639.

<sup>110</sup> Wessels/Hillenkamp, s. 107.

durumda ödeme yeteneğini kaybeden kişinin bunu alacaklıya bildirme yükümlülüğünün bulunmadığı belirtilmektedir<sup>111</sup>.

Borcun yenilenmesi, yani eskisinin sona erdirilip yeni bir borç meydana getirilmesi amacıyla hile kullanılması söz konusu olmuşsa dolandırıcılık suçu oluşacaktır<sup>112</sup>. Yeni bir borç ilişkisi söz konusu değilse önceden doğan borca karşılık olarak verilmişse dolandırıcılık suçu oluşmayacaktır<sup>113</sup>.

<sup>111</sup> Bkz.: Schönke/Schröder-Cramer/Perron, § 263, kn. 22.

<sup>112</sup> “Ceza Genel Kurulunun 03.03.1998 tarihli ve 8-69 sayılı kararında belirtildiği üzere, dolandırıcılık suçunun oluşabilmesi için mağdur veya bir başkasına verilen zarar, sanığın hileli söz ve davranışlarından sonra ve bu nitelikteki söz ve davranışların sonucu oluşmalıdır. Hâliyle de, borcun yenilenmesi amacıyla hile kullanılması durumunda, diğer unsurların da bulunması şartıyla dolandırıcılık suçunun oluşacağı açıktır. Ancak, **borcun yenilenmesi, diğer bir ifadeyle eskisinin sona erdirilip yeni bir borç meydana getirilmesi söz konusu değil ise önceden oluşmuş bir zarar veya doğmuş bir borç için hileli davranışlarda bulunulması halinde dolandırıcılık suçu oluşmaz.** Zira karşı taraf, zararın veya alacağının varlığından haberdar olup zarar veya borç, kandırıcı nitelikteki davranışlar sonucu oluşmamıştır.

*Bu açıklamalar ışığında uyumsuzluk konusu değerlendirildiğinde;*

Tanık ....'un katılanın Isparta merkez Çukur köyünde bulunan arazisini 90.000 TL karşılığında, bu arazide içme suyu tesisi kurmak amacıyla satın aldığı, katılana 10.000 TL nakit para ile 18.04.2007 düzenleme, 30.10.2007 vade tarihli ve 80.000 TL tutarında senet verdiği, katılanın da arazinin tapusunu devrettiği, senedin vadesinde ödenmemesi nedeniyle katılanın tanık .... aleyhine icra takibi başlattığı, bunun üzerine tanık ....'un katılan ile yeni bir anlaşma yaptığı ve yapılan bu anlaşma uyarınca söz konusu arazinin bedeli için sanığın yetkilisi olduğu A-C Meridyen Emlak İnşaat Turizm İthalat İhracat San. ve Tic. Ltd. Şti.nin borçlu, katılanın alacaklı olduğu, 25.11.2008 'keşide tarihli ve 110.000 TL tutarındaki çekin katılana verildiği, katılanın vekili Avukat ... tarafından imzalanan 24.09.2008 tarihli protokol ile de çek bedeli tahsil edildiğinde senedin iptal edilip icra dosyasının işlemden kaldırılacağı hususunun kararlaştırıldığı, ancak sanığın daha önce vermiş olduğu ödemeden men talimatı nedeniyle çek bedelinin tahsil edilemediği olayda; katılanın arazisini satın karşılığında tanık ....'tan aldığı 80.000 TL bedelli senedin 18.04.2007 tarihinde düzenlenmiş olması, bu senede dayalı icra takibi devam ettiği sırada ve yaklaşık bir buçuk yıl sonra katılan vekili tarafından imzalanan 24.09.2008 tarihli protokol ile senet borcuna karşılık suça konu 110.000 TL bedelli çekin verilmesi, senedin iptal edilip icra takibinin işlemden kaldırılmasının ise ileri tarihli (25.11.2008) olarak düzenlenen çek bedelinin tahsili şartına bağlanması, ayrıca tarafların çekin verilmesi sırasında eski borcu ortadan kaldırmak iradesi ile hareket etmediklerinin anlaşılması ve bu nedenle **borcun yenilenmesinin söz konusu olmayıp suça konu çekin önceden doğan borç nedeniyle ve bu borca teminat olarak verilmiş olması karşısında, sanığa atılı dolandırıcılık suçunun unsurları itibarıyla sabit olmadığı kabul edilmelidir**”, CGK, 27.11.2018, E. 2017/505, K. 2018/571.

<sup>113</sup> 23. CD, 04.05.2016, E. 2015/9230, K. 2016/5825.

Zilyetliğin devrinden sonra, yani yararın sağlanmasından sonra malı iade etmemek için gerçekleştirilen hileli davranışlar da dolandırıcılık suçu oluşturmaz<sup>114</sup>.

Hilelin yararın elde edilmesinden önce yapılması gerektiği gibi yararın elde edildiği esnada yapılması durumunda da dolandırıcılık gerçekleşir. Bir başka ifadeyle hile yapıp aynı anda yararın sağlandığı durumlarda da dolandırıcılık suçu oluşur. Yargıtay alışveriş yapıldığı sırada karşılık olarak sahte çekin verildiği olaylarda dolandırıcılık suçunun oluştuğunu kabul etmektedir<sup>115</sup>.

### C. Dolandırıcılık Suçunun İştirak Halinde İşlenmesinde Hilenin Zamanı

Çok hareketli suçlarda kanuni tanımında yer alan hareketlerin birlikte suç işleme kararı doğrultusunda iş bölümü çerçevesinde yerine

<sup>114</sup> Koca/Üzülmez, Özel Hükümler, s. 742.

<sup>115</sup> "Tekrar vurgulamalıyız ki, hile en geç failin menfaat edinmesi sırasında mevcut olmalıdır. Ayrıca hileli hareket, mağduru tasarruf yapmaya yönelmeli, mağdurun bu tasarrufu da kendisi veya bir başkası için zarara yol açarken fail yahut başka birisinin menfaat edinmesi amacına yönelik olmalıdır", 23. CD, 15.02.2016, E. 2016/1817, K. 2016/1324; "Sanığın, katılan ...'nın iş yerine giderek bilgisayar ve fotoğraf malzemesi aldığı karşılığında suça konu 6.400 TL bedelli çeki verdiği, katılanın çeki tahsil etmek için bankaya ibraz ettiğinde ödemedi men talimatı olduğunun belirtildiği, yapılan araştırmada çekin çalıntı olduğu, bu şekilde nitelikli dolandırıcılık ve resmi belgede sahtecilik suçlarını işlediği iddia olunan olayda... Sanık hakkında nitelikli dolandırıcılık suçundan verilen mahkumiyet hükmüne yönelik temyiz incelemesinde, Sanığın savunması, katılanların beyanları, bilirkişi raporları ile dosya kapsamında mahkemeye sanığın üzerine atılı suçu işlediğine dair verilen mahkumiyet hükmü ve uygulamasında bir isabetsizlik görülmemiştir.", 15. CD, 15.10.2018, E. 2015/12550, K. 2018/6649; "Sanığın EKZ Mühendislik isimli şirketin yetkilisi olduğu, olay tarihinde katılan ... ile yapılan ticari ilişkiye binaen suça konu keşidecisi .... Mühendislik isimli şirket olan 2000 TL ve 4500 TL bedelli 15/12/2007 keşide tarihli iki adet çeki verdiği, çeklerin bankaya ödenmek üzere sunulduğunda ödemedi men talimatı nedeniyle herhangi bir ödeme yapılmadığı, bunun üzerine katılanın şikayetçi olduğu, katılanın şikayeti üzerine çeklerin keşidecisi olan .... Mühendislik isimli şirketin yetkilisi olan ... hakkında karşılıksız çek keşide etmek suçundan yapılan yargılamada suça konu çeklerdeki keşideci imzasının ...'ya ait olmaması üzerine suç duyurusunda bulunulduğu, olay nedeniyle katılana suça konu çekleri veren sanık hakkında atılı nitelikli dolandırıcılık suçunu işlediği iddia olunan olayda; Sanığın savunması, katılan ve tanık beyanları, icra takip dosyası, bilirkişi raporu ile dosya kapsamında sanığın üzerine atılı nitelikli dolandırıcılık suçunu işlediğine yönelik mahkemeye verilen mahkumiyet hükmü ve uygulamasında bir isabetsizlik görülmemiş olup, sanığa laminant işi yapan katılanın fatura kesmesinden sonra suça konu sahte çekleri vermiş olması nedeniyle önceden doğan borcun söz konusu olmaması karşısında bu husustaki tebliğnamedeki düşünceye iştirak edilmemiştir.", 15. CD, 10.12.2018, E. 2018/2563, K. 2018/9270.



getirilmesi durumunda müşterek faillik söz konusu olmaktadır. Dolayısıyla işbölümü çerçevesinde dolandırıcılık suçunun hareketlerini veya hareketlerinden birine fiilin icrası sırasında iştirak eden kişi müşterek fail olacaktır. Müşterek fail olabilmek için de hilenin yapılması ve yararın sağlanması fiilleri icra edilirken fonksiyonel fiil hakimiyetinin bulunması zorunludur. Müşterek faillikte de müşterek faillerin dolandırıcılık suçundan sorumlu tutulabilmesi için işbölümü çerçevesinde hileyi gerçekleştiren müşterek failin yararın sağlanmasından önce en geç yararın sağlandığı esnada hileyi gerçekleştirmesi lazımdır. Çok hareketli suçlarda hareketlerden birinin yapılmasından sonra diğer hareketin icrasına başka bir kişinin katılması durumunda sonradan katılan kişiye daha önce yapılan hareketin (hilenin) ve suçun isnad edilip edilmeyeceği doktrinde tartışmalıdır. Doktrindeki bazı yazarlara göre bu tür durumlarda ayrı ayrı değerlendirme yapmak gerekmektedir. Eğer ilk harekete yapılan katkı hala güncel ve devam ediyorsa ikinci harekete katılan kişi suçtan sorumlu olacaktır. Ancak ilk harekete yapılan katkı güncel ve devam etmiyorsa sonraki fiile katılan kişiye isnad edilmeyeceği belirtilmektedir<sup>116</sup>. Dolandırıcılıkta hilenin etkisi devam ettiğinden ve sonradan katılan kişi daha önce hilenin yapıldığını bilmesi şartıyla dolandırıcılık suçundan sorumlu olacaktır. Yararın sağlanmasından sonra dolandırıcılık suçuna iştirak mümkün değildir. Fiilin icrası tamamlandığı için fiilin icrası sırasında bulunması gereken fiil hakimiyeti gerçekleşmez ve müşterek faillik olmaz. Dolayısıyla suçun tamamlanmasından sonra yapılan davranış hile ve müşterek faillik doğurmadığı gibi suçun tamamlanmasından önce yapıldığı kabul edilen hileye de müşterek fail olarak iştirak etmeyi sağlamaz. Dolandırıcılık fiiline katılmayan kişinin yararın sağlanmasından sonra çekin çalıntı veya kayıp olduğunu bankaya bildirmesi, ödemedi men talimatı vermesi alışverişin gerçekleşmesinden, dolandırıcılık suçunun tamamlanmasından sonra yapıldığı için hile ve müşterek faillik teşkil etmez.

Failin hileyi gerçekleştirmede bir insanı araç olarak kullanması halinde dolaylı faillik söz konusu olur. Dolayısıyla, dolaylı failliğin ve dolandırıcılık suçunun oluşması için araç olarak kullanılan kişinin hileyi yararın sağlanmasından önce gerçekleştirmesi gerekir.

Azmettirenin dolandırıcılık suçundan sorumlu olması için hilenin yapılmasından önce azmettirmeyi gerçekleştirmesi ve hilenin yukarıda belirtildiği gibi yararın sağlanmasından önce gerçekleştirilmesi gerekir.

<sup>116</sup> Heinrich, Bernd, Ceza Hukuku, Genel Kısım-II (Editör: Yener Ünver), Ankara 2015, s. 267, 268.

Yardım eden için özellik arz eden durum bulunmamaktadır. Yukarıda yapılan belirlemeler çerçevesinde değerlendirme yapılmalıdır.

### SONUÇ

Dolandırıcılık suçunun oluşması için aranan unsurlardan birini hile oluşturmaktadır. Hile kavramı ceza hukukunda üzerinde durulan bir kavram olmakla beraber tartışmaların sona erdiğini söylemek mümkün değildir. Özellikle zımni hilenin ve ihmali şekilde gerçekleştirilen hilenin doktrinde tartışmalı olduğu görülmektedir. İhmalde sözleşmeden kaynaklanan garantörlükte her sözleşmenin bildirim yükümlüğü doğurup doğurmadığı tartışmalıdır. Günümüzde sözleşmeden kaynaklanan garantörlük için sadece sözleşmenin varlığı yetmediği, özel güven ilişkisi olan bir sözleşmenin varlığının gerektiği kabul edilmektedir. Özel güven ilişkisi olmaksızın kredi kurumuyla müşteri arasındaki normal kredi sözleşmesinin böyle bir garantörlük doğurmadığı benimsenmektedir.

Hilenin zamanı ise yapılan çalışmalarda açıkça üzerinde durulan bir konu değildir. Ancak Yargıtay kararlarında hilenin zamanıyla ilgili belirleme yapıldığı görülmektedir. Kabul edilen uygulamaya göre hilenin yararın sağlanmasından önce, en geç yararın sağlandığı anda yapılması gerekir. Ancak borcun yenilenmesi, yani eskisinin sona erdirilip yeni bir borç meydana getirilmesi amacıyla hile kullanılması söz konusu olmuştaysa bu takdirde dolandırıcılık suçu oluşmaktadır.

**KAYNAKÇA**

- Akgündüz, Ahmet, “Kanunnamelerdeki Ceza Hukuku Hükümleri Şer’i Tahlili”, İslami Araştırmalar Dergisi, C. 12, S. 1, 1999, s. 1-16.
- Atalan, Mustafa, Dolandırıcılık Güveni Kötüye Kullanma ve Sahtecilik Suçları Şerhi, Ankara 2015.
- Aydın, Devrim, “Dolandırıcılık Suçu”, <https://dergipark.org.tr/en/download/article-file/1910027>, s. 649-705.
- Bakıcı, Sedat, 5237 Sayılı Yasa Kapsamında Ceza Hukuku Özel Hükümleri, C. 1, Ankara 2008.
- Centel, Nur/Zafer, Hamide/Çakmut, Özlem, Kişilere Karşı İşlenen Suçlar (C. I), 4. Bası, İstanbul 2017.
- Cihan, Erol, Cebir Kullanma Cürmü (TCK.m.188), İstanbul 1978.
- Donay, Süheyl, Son Değişiklikler Açısından Çek, İstanbul 1990.
- Dönmezer, Sulhi, Kişilere ve Mala karşı Cürümler, 16. Bası, İstanbul 2001.
- Eker-Kazancı, Behiye/Zeyrek, İlker, “TCK’da Dolandırıcılık Suçu”, D.E.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Durmuş TEZCAN’a Armağan, C. 21, Özel S., 2019, s. 521.
- Erem, Faruk, Türk Ceza Kanunu Şerhi, Özel Hükümler (C. III), Ankara 1993.
- Erem, Faruk, Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku (C.IV), Özel Hükümler, 3. Baskı, Ankara 1985.
- Erdem, Mustafa Ruhan Erdem, “Yeni Türk Ceza Kanununda Malvarlığına Karşı Suçlar”, <http://www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale.htm>.
- Gökçen, Ahmet, Tanzimat Dönemi Osmanlı Ceza Kanunları ve Bu Kanunlardaki Ceza Müeyyideleri, İstanbul 1989.
- Gökçen, Ahmet/ Balcı, Murat/Pamuk-Şivilioğlu, Gülfem/ Çakır, Kerim /Apiş, Özge/İçer, Zafer/Yılmaz, Zahit/Gültekin-Diken, Nil Melek/Erdin, Selim/Öztürk, Nurten/Ünal, Ertuğrul/Şenerdoğan, Büşra, Malvarlığına Karşı Suçlar (m. 141-169), Ankara 2018.
- Gül, Ahmet, Doğrudan Dolaylı Bilişim Suçları, Ankara 2016.

- Gündel, Ahmet, 5237 sayılı TCK'da Zimmet, Sahtecilik, Dolandırıcılık, Yağma, Hırsızlık, Güveni Kötüye Kullanma Suçları, Ankara 2009.
- Hafizoğulları, Zeki/Özen, Muharrem, Türk Ceza Hukuku, Özel Hükümler, Kişilere Karşı Suçlar, 2. Baskı, Ankara 2011.
- Haft, Fritjof, Strafrecht Besonderer Teil, 6. Auflage, München 1997.
- Heinrich, Bernd, Ceza Hukuku, Genel Kısım-II (Editör: Yener Ünver), Ankara 2015.
- Jescheck, Hans-Heinrich/Weigend, Thomas, Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil, 5. Auflage, Berlin 1996 Jescheck, Hans-Heinrich/Weigend, Thomas, Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil, 5. Auflage, Berlin 1996.
- Kamışlı, Gani, Dolandırıcılık Suçu, 2. Baskı, Ankara 2021.
- Koca, Mahmut/Üzülmez, İlhan, Türk Ceza Hukuku, Özel Hükümler, 7. Baskı, Ankara 2020 (Özel Hükümler).
- Koca, Mahmut/Üzülmez, İlhan, Türk Ceza Hukuku, Genel Hükümler, Gözden Geçirilmiş ve Güncellenmiş 15. Baskı, Ankara 2022.
- Lackner, Karl/Kühl, Kristian, Strafgesetzbuch, 21., neubearbeitete Auflage, München 1995.
- Malkoç, İsmail, Açıklamalı-İçtihatlı 5237 Sayılı Yeni Türk Ceza Kanunu, C. 1, Ankara 2008.
- Okuyucu-Ergün, Güneş, "Dolandırıcılık Suçunun Susmak Suretiyle İşlenmesi Sorunsalı", İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 12 (1), 2021, s. 304-312.
- Önder, Ayhan, Şahıslara ve Mala Karşı Cürümler ve Bilişim Alanında İşlenen Suçlar, İstanbul 1994.
- Özbek, Veli Özer/Doğan, Koray/Bacaksız, Pınar, Türk Ceza Hukuku, Özel Hükümler, Genişletilmiş ve Güncellenmiş 16. Baskı, Ankara 2021.
- Özgenç, İzzet, Ekonomik Çıkar Amacıyla İşlenen Suçlar, Ankara 2002 (Ekonomik Çıkar Amacıyla İşlenen Suçlar).
- Özgenç, İzzet, Türk Ceza Hukuku, Türk Ceza Hukuku, Gözden Geçirilmiş ve Güncellenmiş 18. Bası, Ankara 2022.

- Parlar, Ali, Dolandırıcılık Suçu, Ankara 2011.
- Parlar, Ali/Parlar, Aynur, Son Değişiklerle Açıklamalı-İçtihatlı Çek Bankacılık ve Döviz Suçları, Ankara 2004.
- Savaş, Vural-Mollamahmutoglu, Sadık, Türk Ceza Kanunu Yorumu (C. IV), 3. Bası, Ankara 1999.
- Schönke, Adolf/Schröder, Horst/Lenckner, Theodor/Cramer, Peter/Stree, Walter, Strafgesetzbuch, Kommentar, 28., neubearbeitete Auflage von Eser, Albin/Heine, Günter/Perron, Walter/Sternberg-Lieben, Detlev/Eisele, Jörg/Bosch, Nikolaus/Hecker, Bernd/Kinzig, Jörg/ Schittenhelm, Ulrike, München 2010.
- Selçuk, Sami, Dolandırıcılık, İstanbul 1982.
- Soyaslan, Doğan, Ceza Hukuku, Özel Hükümler, Güncellenmiş 11. Baskı, Ankara 2016.
- Tezcan, Durmuş/Erdem, Mustafa Ruhan/Önok, Murat, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, Güncellenmiş 19. Baskı, Ankara 2021.
- Tiedemann, Klaus, Strafgesetzbuch Leipziger Kommentar, Großkommentar, 12. Aufl., §§ 263 bis 266b, Neunter Band, Berlin/ Boston 2012.
- Toroslu, Nevzat, Ceza Hukuku, Özel Kısım, Ankara 2005.
- Tröndle, Herbert/Fischer, Thomas, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, 53. Auflage, München 2006.
- Wessels Johannes/Hillenkamp, Thomas (Çev. Ali Kemal Yıldız), Malvarlığına Karşı Suçlar ve Ekonomik Suçluluk, Ankara 2009.