



ERCIYES ÜNİVERSİTESİ  
**HUKUK**  
FAKÜLTESİ DERGİSİ

CİLT: XVI • SAYI: 1 • YIL: 2021 ISSN: 1306-3839

ERCIYES ÜNİVERSİTESİ  
**HUKUK**  
FAKÜLTESİ DERGİSİ

CİLT: XVI  
SAYI: 1  
YIL: 2021



**ERCIYES ÜNİVERSİTESİ**  
**HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ**





# **ERCIYES ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ**

**CİLT: XVI**

**SAYI: 1**

**YIL: 2021**

**NİSAN - 2021**

**KAYSERİ**

## **SAHİBİ (Owner)**

Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekanlığı Adına

Prof. Dr. Yunus YOLDAŞ (Dekan V.)

## **SORUMLU MÜDÜR (Responsible Manager)**

Serap Başaran (Fakülte Sekreteri)

|   |  |
|---|--|
| <b><u>HABERLEŞME ADRESİ</u></b>         | <b><u>TLF</u></b> : +90 352 438 06 61<br>+90 352 437 49 01 / 38000 |
| ERCİYES ÜNİVERSİTESİ<br>HUKUK FAKÜLTESİ | <b><u>FAKS</u></b> : +90 352 438 06 62                             |
| 38039 /<br><b>MELİKGAZİ- KAYSERİ</b>    | <b><u>E-MAIL</u></b> : eruhukukdergisi@gmail.com                   |
|   | <b><u>ISSN</u></b> : 1306-3839                                     |
|   | <b><u>Basım Tarihi:</u></b> NİSAN 2021                             |

Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi ULAKBİM tarafından taranan ve yılda iki defa yayımlanan hakemli bir dergidir.

Dergide yayımlanan yazılarda ileri sürülen görüşler yazarlara aittir;  
Fakülteyi bağlamaz.

## **Dizgi ve Mizanpaj**

Tezmer

## **Baskı**

Tezmer Matbaası, MELİKGAZİ/ KAYSERİ

## AMAÇ

---

Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, hukuk alanında ve hukukla bağlantılı alanlarda özgün ve bilimsel çalışmalarla ulusal düzeyde literatüre katkıda bulunmayı amaçlar.

## KAPSAM

---

Kamu hukuku ve özel hukuk alanında özgün ve bilimsel araştırma makaleleri, karar incelemeleri, mevzuat değerlendirmeleri, kitap incelemeleri ve çeviriler, dergimizin yayın kapsamına girmektedir.

## YAZIM KURALLARI

---

1. Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (ERÜHFD) ULAK-BİM tarafından taranan, Nisan ve Ekim sayısı olmak üzere yılda iki defa yayımlanan hakemli bir dergidir. Yayımlanması istenen çalışmaların Nisan sayısı için 31 Ocak; Ekim sayısı için 30 Temmuz tarihine kadar Fakültemize teslim edilmesi veya **eruhukuk-dergisi@gmail.com** mail adresine gönderilmesi gereklidir.

2. Dergide yayımlanmak üzere gönderilen bilimsel nitelikli çalışmaların kamu hukuku, özel hukuk ve mali hukuk alanlarına ilişkin ve daha önce başka bir yerde yayımlanmamış olması gerekir. Çevirilerin yayımlanmış olduğu dildeki asıl nüshası ile birlikte gönderilmesi şarttır.

3. Derginin yazı dili esas olarak Türkçe olmakla birlikte, dergide yabancı dilde çalışmalara da yer verilmektedir. Çalışmalar Türkçe veya yabancı dillerden herhangi birinde yazılmış olsalar dahi, her bir çalışmada, metnin amacını en iyi ifade edecek şekilde, en az

100, en çok 200 kelimedenden oluşan özet bulunmalıdır. Özetler, Türkçe ve İngilizce, Almanca, Fransızca yabancı dillerinden herhangi biri ile hazırlanmış olmalıdır. Ayrıca çalışmanın her iki dilde başlığı ve beşer anahtar kelime de çalışmanın başına eklenecek gönderilmelidir. Yazarların, Orcid ID numaralarını, mail adreslerini, görev yaptıkları kurumları yazar bilgilerinin yer aldığı dipnotta göstermeleri gerekmektedir.

**4.** Yayınlanmak üzere gönderilen makalenin metin kısmında, Türkçe başlık 12 punto altında İngilizce başlık gelecek şekilde olmalı, Türkçe başlık dışında geri kalan kısım Times New Roman 11 punto, satır aralığı 1,15 olmalıdır. Dipnotlar metin altında Times New Roman karakterinde 9 punto, satır aralığı 1 olmalıdır. 0,6 asıllı, paragraf sonrası 3 nk boşluk biçiminde yazılmalıdır. Bu şekilde hazırlanan yazılar kural olarak 40 sayfadan fazla olmamalıdır.

**5.** Yayınlanmak üzere gönderilecek çalışmalar Office 2000 ve üstü bir versiyonda yazılmış olarak dergiye gönderilmelidir. Word programındaki otomatik başlıklandırmalar kullanılmamalıdır.

**6.** Çalışmaların sonunda, çalışmalarda kullanılan kaynakların yazar soyadına göre alfabetik sıraya dizildiği kaynakçaya yer verilmelidir. Yararlanılan kaynaklara ilişkin metin içindeki atıflar, her bir sayfa sonunda dipnot olarak gösterilmelidir.

**7.** Yazarların dergiye gönderdikleri çalışmaların şekli ve içerik yönünden denetimini yapmış oldukları ve bu şekliyle "yayıma" hazır verdikleri kabul edilir.

# YAYIN POLİTİKASI

---

## **GENEL İLKELER**

Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (ERÜHFD) ULAKBİM tarafından taranan, Nisan ve Ekim sayısı olmak üzere yılda iki defa yayımlanan hakemli bir dergidir.

Dergide, hakem incelemesinden geçen çalışmaların yanı sıra kitap incelemesi, mevzuat değerlendirmesi ve bilgilendirici notlara da yer verilir. Bu çalışmalar hakem incelemesine sunulmaz. Bu nitelikteki çalışmaların kabulü veya geri çevrilmesi, Yayın Komisyonu tarafından yapılır.

Dergide yayınlanan çalışmalarda ileri sürülen görüşlerden dolayı doğabilecek tüm sorumluluklar yazarlara aittir.

Dergimizde yayınlanan makalelerde araştırma ve yayın etiğine uyulması zorunludur.

Çalışmalar yayımlanmak üzere kabul edildiği takdirde, yazarlar elektronik ortamda tam metin olarak yayımlamak da dahil olmak üzere tüm telif haklarını devretmiş sayılır, yazarlara ayrıca telif ücreti ödenmez.

## **DEĞERLENDİRME ve YAYIN SÜRECİ**

**Makalelerin Dergiye Teslimi:** Dergimizde yayınlanması istenen çalışmaların Nisan ayında çıkan sayı için 31 Ocak; Ekim ayında çıkan sayı için 30 Temmuz tarihine kadar eruhukukdergisi@gmail.com e-mail adresine gönderilmesi gerekmektedir.

**Ön İnceleme Aşaması:** Dergi mailine iletilen çalışmalar, dergi yazım kurallarına uygunluğu açısından yayın komisyonunca ön incelemeye tabi tutulmaktadır. Editör kurulunca ilk değerlendirilmesi yapılarak, yayımlanması uygun görülmeyen çalışmalar yazarına iade edilir. Yedi günlük ön inceleme sürecini olumlu şekilde tamamlayan çalışmalar, makale konusu ile ilgili editöre iletilmektedir.

**Hakem Atanma Süreci:** Ön inceleme sürecini olumlu bir şekilde tamamlayan makaleler ile ilgili hakem belirleme ve atama sürecine geçilir. Hakem belirleme ve atama süreci 60 gün içerisinde

tamamlanır. alışmalar, isimleri saklı tutulan hakem heyeti içinden, yazarın akademik unvanına göre daha st unvanlı iki (kr) hakeme değerlendirme için gönderilir.

**Hakem Değerlendirme Süreci:** Hakemlere değerlendirme için 20 gün normal süre, 20 gün ek süre verilmektedir.

Hakemlerin “doğrudan (bu haliyle) yayınlanabilir” şeklinde rapor verdiği çalışmalar dergimizce yayınlanmaktadır.

Hakemlerin “düzeltmelerden sonra yayınlanabilir” şeklinde rapor verdiği çalışmalar için, yazar(lar)a değerlendirmeler iletilerek düzeltmelerin yapılması istenmektedir.

Hakemlerden bir tanesinin “yayınlanamaz” şeklinde rapor vermesi halinde, diğer hakemin yayınlanabilir raporu vermesi şartıyla, çalışma nc bir hakeme gönderilmektedir.

Hakemlerin her ikisinin “yayınlanamaz” şeklinde rapor vermesi halinde, çalışma yazara iade edilmekte ve yayın sürecinden çıkarılmaktadır.

Makale değerlendirme sürecinin makalenin gönderildiği sayıda tamamlanamaması halinde yazarlara e-posta yoluyla bilgi verilir. Yazarların bir sonraki sayı için sürece devam edilmesini kabul etmeleri halinde sonraki sayı için sürece devam edilir.

Dergi basıldıktan sonra ilgili sayının yazarlarına ve hakemlere ücretsiz olarak gönderilir.

## **ETİK İLKELER**

### **Yazarlara İlişkin ilkeler:**

Yazarların gönderdikleri çalışmalar özgün olmalı, daha önce yayınlanmamış olmalıdır. Yazarlar, çalışmanın halihazırda başka bir dergide değerlendirme aşamasında olmadığını beyan etmelidir.

Çalışmada adı geçen tüm yazarlar, çalışmadaki deneysel tasarıma ve uygulanmasına ya da verilerin analizi ve yorumlanmasına katkıda bulunmuş olmalıdır.

Yazarların yayınlanan makalelerinde önemli bir hata olduğunu fark etmeleri halinde editör kurulunu bilgilendirmeleri gerekmektedir.



Yazarlar, Etik kurul onayı gerektiren çalışmalar için etik kurul onayını dergiye sunmalıdır. Araştırmada “Etik Kurul Onayı” alınması gerekli ise; Etik Kurul onayına ilişkin bilgiler (etik kurulun adı, onay belgesinin numarası ve tarihi) makalede belirtilmelidir.

### **Editörlere İlişkin İlkeler:**

Dergi bünyesindeki görevli editörler ve editör yardımcıları, her türlü önyargıdan uzak, objektif ve tarafsız bir şekilde görevlerini yerine getirmekle mükelleftir.

Dergi bünyesindeki görevli editörler ve editör yardımcıları, görevlerinin gerektirdiği ölçüde gizlilik içerisinde hareket etmekle mükelleftir.

Dergi bünyesinde görevli editörler ve editör yardımcıları, dergi'ye ilişkin her türlü iş ve işlemede tam iş birliği içerisinde hareket eder. Dergi bünyesinde adil görev dağılımı yapılması iş birliğinin özünü oluşturmaktadır.

### **Hakemlere İlişkin İlkeler:**

Bütün makaleler, çalışmanın bilimsel içeriği temel alınarak; yazarın cinsiyet, etnik köken, ırk, din, veya siyasi değerleri göz önünde bulundurulmaksızın, adil şekilde değerlendirilmelidir.

Hakem değerlendirme sürecinin gizliliğine saygı gösterilmeli; değerlendirilen esere ya da değerlendirme süreci ve sonrasına ilişkin bilgiler üçüncü kişilerle paylaşılmamalıdır.

Hakem değerlendirmeleri, düşmanca veya kışkırtıcı olmayacak ve küçümseyici kişisel yorumlar barındırmayacak biçimde, nesnel ve yapıcı olarak gerçekleştirilmelidir.

Değerlendirme süreci sırasında çıkar atışması gözlemlendiği takdirde, durum Editör kuruluna bildirilmelidir.

Hakem değerlendirmesi yoluyla elde edilen bilgi veya fikirler gizli tutulmalı ve kişisel avantaj için kullanılmamalıdır.

## DANIŞMA KURULU (Advisory Board)

---

### **Prof. Dr. Şafak NARBAY**

Sakarya Üniversitesi Hukuk Fakóltesi  
Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

### **Prof. Dr. Cem BAYGIN**

Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakóltesi  
Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

### **Prof. Dr. Enver BOZKURT**

Hasan Kalyoncu Üniversitesi Hukuk Fakóltesi  
Devletler Umumi Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

### **Prof. Dr. Erdal ONAR**

Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakóltesi  
Anayasa Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

### **Prof. Dr. Selçuk ÖZTEK**

Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakóltesi  
Medeni Usul Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

### **Prof. Dr. Cumhuri ŞAHİN**

Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakóltesi  
Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

### **Prof. Dr. Mehmet ÜNAL**

Başkent Üniversitesi Hukuk Fakóltesi  
Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

### **Prof. Dr. Feridun YENİSEY**

Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakóltesi  
Ceza ve Ceza Usul Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

### **Prof. Dr. Turan YILDIRIM**

Marmara Üniversitesi Hukuk Fakóltesi  
İdare Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

## **YAYIN KURULU (Editorial Board)**

---

Prof. Dr. Cengiz GÜL– Erciyes Üniversitesi  
Prof. Dr. Şafak NARBAY – Sakarya Üniversitesi  
Prof. Dr. Yücel OĞURLU – İstanbul Ticaret Üniversitesi  
Prof. Dr. Ayhan DÖNER – Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi  
Prof. Dr. Muzaffer ŞEKER – İstanbul Ticaret Üniversitesi  
Prof. Dr. Mehmet ALTUNKAYA – Akdeniz Üniversitesi  
Doç. Dr. Burak ADIGÜZEL – Erciyes Üniversitesi  
Doç. Dr. Müzeyyen EROĞLU DURKAL – Erciyes Üniversitesi

## **EDİTÖRLER (Editors)**

---

Prof. Dr. Cengiz GÜL  
Doç. Dr. Burak ADIGÜZEL  
Doç. Dr. Ertuğrul YUVALI  
Dr. Öğr. Üyesi Şükran AKGÜN

## **EDİTÖR YARDIMCILARI (Editors Assist.)**

---

Arş. Gör. Dr. Mustafa UYANIK  
Arş. Gör. Harun Mirsad GÜNDAY  
Arş. Gör. Ayşe KARAKİMSELİ SEZGİN  
Arş. Gör. Merve ÇAĞLAK MELEZ  
Arş. Gör. Şüheda Nur APAYDIN  
Arş. Gör. Muhammed Esat EMEK  
Arş. Gör. Numan DOĞAN

# İÇİNDEKİLER\*

## ÖZEL HUKUK

### Ömer BAŞAR

Uygulamada Sık Karşılaşılan İşçilik Alacak ve Tazminatlarının Yargıtay Kararları  
Işığında Hesaplanması..... 15

### Arş. Gör. Pelin ÖZÇELİK

Amerikan ve İngiliz Şirketler Hukuku Işığında Pay Sahibi Önceliği Modeli ve Bu  
Modelin Şirketlere Etkilerine İlişkin Değerlendirme ..... 59

### Arş. Gör. Tuğçe YABA

Genel İş Koşullarının Denetimi..... 129

## KAMU HUKUKU

### Dr. Öğr. Üyesi Hüseyin ERTUĞRUL, Doç. Dr. Msc. C. Alper KEMALOĞLU, Doç. Dr. Halil TEKİNER

Delillerin Değerlendirilmesinde Genetik ve Nörobilim Verilerinin Kullanılması..... 163

### Doç. Dr. F. Ebru GÜNDÜZ, Dr. Öğr. Üyesi M. Özge ÇEBİ BUĞDAYCI

Sosyal Devlet İlkesinin Gereği Olarak Kamuda İstihdam Zorunluluğu ..... 183

### Dr. Bahattin ARAS

Disiplin Soruşturmaları Bakımından Hukuki Güvenlik ve Belirlilik İlkeleri..... 235

### Dr. Öğr. Üyesi İsmail KÖKÜSARI

Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Konu Bakımından Yetki Denetimi ile İçerik  
Yönünden Anayasaya Uygunluk Denetiminin Farkları..... 277

### Dr. Öğr. Üyesi Mustafa ERÇAKICA

Doğu Akdeniz’de Yaşanan Güncel Gelişmelerin Kıbrıs Sorunu ve Uluslararası Deniz  
Hukuku Çerçevesinde Değerlendirilmesi..... 301

### Ekin SEVİNÇ

İdari Yargı Kararlarının Uygulanmamasından Doğan Sorumluluk..... 335

### Orbay Bahri ULGAR

Yargıtay Kararları Işığında Sigara Kaçakçılığı Suçu ..... 379

---

\* Dergideki eser sıralamaları akademik unvan ve isim alfabetik sırası esas alınarak yapılmaktadır.

# CONTENTS

## PRIVATE LAW

### Refereed Articles

#### **Ömer BAŞAR**

Calculation of Employees' Most Frequently Encountered Claims for Various Types of Wages and Compensation in the Lights of Judgments of Turkish Court of Cassation ..... 15

#### **Res. Asst. Pelin ÖZÇELİK**

The Shareholder Primacy Model in the Light of American and English Company Law and an Assessment of the Effects of This Model on the Companies ..... 59

#### **Res. Asst. Tuğçe YABA**

Control of General Labour Terms..... 129

## PUBLIC LAW

### Refereed Articles

#### **Assist. Prof. Dr. Hüseyin ERTUĞRUL/Assoc. Prof. Dr. MSc. C. Alper KEMALOĞLU/Assoc. Prof. Dr. Halil TEKİNER**

Use of Genetic and Neuroscientific Data in Evaluation of Evidence ..... 163

#### **Assoc. Prof. Dr. F. Ebru GÜNDÜZ/Assist. Prof. Dr. M. Özge ÇEBİ BUĞDAYCI**

Compulsory Employment in Public as a Requirement of Social State Principle ..... 183

#### **Dr. Bahattin ARAS**

The Principles of Legal Security and Certainty in Terms of Disciplinary Investigations..... 235

#### **Assist. Prof. Dr. İsmail KÖKÜSARI**

Differences between the Review of Competency Ratione Materiae and Material Review of Constitutionality of Presidential Decrees..... 277

#### **Assist. Prof. Dr. Mustafa ERÇAKICA**

Evaluation of the Current Developments in Eastern Mediterranean in the Framework of the Cyprus Problem and the International Maritime Law ..... 301

#### **Ekin SEVİNÇ**

Responsibility Arising from the Non Enforcement of the Administrative Judicial Decision..... 335

#### **Orbay Bahri ULGAR**

The Crime of Cigarette Smuggling in the Light of Supreme Court Decisions..... 379

# **Özel Hukuk / Private Law**

---



## **UYGULAMADA SIK KARŞILAŞILAN İŞÇİLİK ALACAK VE TAZMİNATLARININ YARGITAY KARARLARI IŞIĞINDA HESAPLANMASI**

*Calculation of Employees' Most Frequently Encountered Claims for Various Types of Wages and Compensation in the Lights of Judgments of Turkish Court of Cassation*

**Ömer BAŞAR\***

### **ÖZET**

Bireysel iş hukukunun en merkezi konularından birisini işçilik alacakları ve tazminatları oluşturmaktadır. İş mahkemelerindeki uyuşmazlıkların önemli bir çoğunluğunun tazminat ve alacaklara dair olması bu konunun önemini ortaya koymaktadır. Arabuluculuk sürecinde işçilerin ve vekillerinin hesaplama yapması ve buna uygun bir teklif sunması bu konunun önemini daha da arttırmıştır. Bu çalışma kapsamında öne çıkan işçilik tazminat ve alacakları incelenecektir. Buna göre ilk önce kıdem tazminatı, ihbar tazminatı, kötüniyet tazminatı ve işe başlatmama tazminatı incelenecektir. Sonrasında ise boşta geçen süre ücreti, fazla çalışma ücreti, hafta tatili ücreti, ulusal bayram ve genel tatil ücreti, yıllık ücretli izin ücreti konuları ele alınacaktır. Konular incelenirken hesaplamaya esas süre ve ücret detaylı şe-

---

\* İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Doktora Programı, basaromer5@gmail.com, ORCID-ID: <https://orcid.org/0000-0002-5172-2906>



kilde ele alınacaktır. Gösterge süre ve ücret alacak türüne göre farklılık arz edebilecektir. Keza, her bir alacak kalemi için faiz ve zamanaşımı süreleri de incelenecektir. Çalışma boyunca ağırlıklı olarak Yargıtay kararları doğrultusunda hesaplama kriterleri tespit edilecektir. Çalışma sonuç bölümüyle tamamlanacaktır.

**Anahtar Kelimeler:** Kıdem tazminatı, ihbar tazminatı, fazla çalışma ücreti, boşta geçen süre ücreti, işe başlatmama tazminatı, kötüniyet tazminatı, yıllık ücretli izin ücreti, hafta tatili ücreti, ulusal bayram ve genel tatil ücreti.

## ABSTRACT

One of the most central issues in individual labor law is employees' claims for wages and compensation. The fact that a significant number of disputes before labor courts are related to such claims increases importance of the issue. With introduction of mandatory mediation in Turkish Labor Law, the necessity for employees and their attorneys to make calculations and submit appropriate offers during the mediation process has arisen. This inevitably has increased importance of the issue. In this article, the most common claims of employees for different types of compensation and wages will be studied. Firstly, severance pay, notice pay, *ie payment in lieu of notice (pilon)*, compensation for abusive exercise of the right to terminate and compensation for impediment (*ie refusal of the employee's request to restart/continue the work*) will be analyzed. In the second chapter, idle time fee, overtime wage, remuneration for weekly rest days, remuneration for national and general holidays and remuneration for paid annual leave will be discussed. Indicative numbers (salary, duration *etc*) for each type of claim will be examined in depth. Additionally, interest and statute of limitations for these claims will be explained. During this study, calculation criteria will mainly be identified according to decisions of the Supreme Court, *ie Turkish Court of Cassation*. Eventually, a summary of the outcomes reached will be presented in the last part.

**Keywords:** Severance pay, notice pay, compensation for abusive exercise of the right to terminate, compensation for impediment, idle time fee, overtime wage, remuneration for weekly rest days, remuneration for national and general holidays, remuneration for paid annual leave.

## **GİRİŞ**

İşçilerin uygulamada çoğunlukla işverenlere yönelttikleri alacak ve tazminat kalemleri şu şekilde sıralanabilir: Yıllık izin ücreti, hafta tatili ücreti, ulusal bayram ve genel tatil ücreti, fazla çalışma ücreti, kıdem tazminatı, ihbar tazminatı, kötüniyet tazminatı, iş güvencesi hükümlerinden kaynaklı başlatmama tazminatı, boшта geçen süre ücreti<sup>1</sup>. Bu çalışmada da öne çıkan bu alacak ve tazminat türlerinin nasıl hesaplandığı mevzuat ve üst mahkeme içtihatları çerçevesinde ortaya konmaya çalışılacaktır. Çalışmada ücret ve tazminatlar ayrı ayrı incelenecektir. İlk bölümde tazminat türündeki alacakların hesaplanma şekli; ikinci bölümde ise ücret türündeki alacakların hesaplanma şekli ele alınacaktır. Çalışmanın kapsamında zamanaşımı ve faiz konuları da ele alınacaktır.

## **I. İŞÇİNİN TAZMİNATLARININ HESAPLANMASI**

### **A. Kıdem Tazminatının Hesaplanması**

Kıdem tazminatına dair temel düzenlemeler, 4857 sayılı İş Kanunu ("İŞK") ile 1475 sayılı İş Kanunu'nda ("İK") bulunmaktadır. Bu iki kanunda çalışma konusu çerçevesinde kıdem tazminatının hesaplanmasıyla ilgili kanun maddeleri şu şekilde sıralanabilir: İşK madde 120, İşK geçici madde 6, İşK ek madde 3, İK madde 14. İşK madde 120'nin

---

<sup>1</sup> Bu çalışmada, İK madde 14 uyarınca kamu kuruluşlarında çalışan işçiler inceleme kapsamı dışında bırakılmıştır. Yine makalede sadece zamana göre ücret ele alınmış, ücretin diğer şekillerde düzenlendiği haller (akort, yüzdeye göre vb) kapsam dışı bırakılmıştır.

açık lafzına göre, İK'nin madde 14 haricindeki tüm hükümleri ilga edilmiştir. İşK ek madde 3 kıdem tazminatına dair zamanaşımını düzenlemektedir. İşK geçici madde 6 ise kıdem tazminatı fonu kurulana kadar işçilerin İK madde 14 hükümlerine göre kıdem tazminatı hakkına sahip olduğunu belirtmektedir. Bu doğrultuda önce kıdem süresinin devamında da gösterge ücretin ele alınması faydalı olacaktır.

### 1. Kıdem Süresinin Hesaplanması

İK m. 14 hükmü bu başlık altında öncelikle incelenmesi gereken hükümlerdendir. İlgili hüküm incelendiğinde kıdem tazminatının hesaplanmasına dair aşağıdaki açıklamalar yapılabilecektir.

Öncelikle İK m. 14'e göre, işverence işçiye, işe başladığı tarihten itibaren ve hizmet akdinin devamı süresince her geçen tam yıl için otuz günlük ücret tutarında kıdem tazminatı ödenir. Bir yıldan artan süreler için oranlanmak suretiyle ödeme yapılır.

İkinci olarak, İK m. 14'e göre işçilerin kıdemleri, hizmet akdinin devam etmiş veya fasilalarla yeniden akdedilmiş olmasına bakılmaksızın aynı işverenin bir veya değişik işyerlerinde çalıştıkları süreler göz önüne alınarak hesaplanır. Fakat aynı kıdem süresi için bir defadan fazla kıdem tazminatı veya ikramiye ödenmez. Keza, süreler toplanırken daha önce kıdem tazminatına sebebiyet vermeyecek şekilde sona ermiş sözleşmelerin süresi kıdeme esas sürede dikkate alınmayacaktır<sup>2</sup>. Ayrıca, fasıllı birden fazla çalışma dönemi<sup>3</sup> varsa ve bu ça-

<sup>2</sup> Hamdi Mollamahmutoglu, Muhittin Astarlı and Ulaş Baysal, *İş Hukuku Ders Kitabı, Cilt 1: Bireysel İş Hukuku* (3rd edn, Lykeion 2019) 323; Aydın Başbuğ and Mehtap Yücel Bodur, *İş Hukuku* (5th edn, Beta 2018) 233; Fahrettin Korkmaz and Nihat Seyhun Alp, *Bireysel İş Hukuku* (3rd edn, Seçkin 2016) 257. Aynı yönde bkz Yargıtay HGK, 1976/9-1939, 1977/610, 15.06.1977; Yargıtay 9 HD, 1845/1808, 02.01.2010; Yargıtay 9 HD, 2014/3367, 2015/9766, 10.03.2015; Yargıtay 22 HD, 2016/21949, 2019/19493, 21.10.2019; Yargıtay 22 HD, 2016/23740, 2019/20652, 07.11.2019. Aksi yönde bkz Sarper Süzek, *İş Hukuku* (11th edn, Beta 2015) 778; Ünal Narmanlıoğlu, *İş Hukuku Ferdi İş İlişkileri I* (5th edn, Beta 2014) 547; Öner Eyrenci, Savaş Taşkent and Devrim Ulucan, *Bireysel İş Hukuku* (8th edn, Beta 2017) 256; Haluk Hadi Sümer, *İş Hukuku* (23rd edn, Seçkin 2018) 130; Tuncay Senyen-Kaplan, *Bireysel İş Hukuku* (9th edn, Gazi 2018) 349. Süzek gerekçe olarak aynı işçinin tekrar işe alınması durumunda işveren tarafından zımnen affedilmiş olduğunu ve kanun lafzının önceki dönemler için sona erme şekli açısın-

İşmaların arasında on yıllık süre (İşK ek madde 3 sonrası beş yıllık süre) varsa üzerinden on yıllık süre (İşK ek madde 3 sonrası beş yıllık) geçmiş bulunan çalışmalar, karşı tarafça zamanlaşımının ileri sürülmesi halinde, toplam kıdem süresinde dikkate alınmaz<sup>4</sup>.

İş sözleşmesinin askıda olduğu süreler kural olarak, kanun tarafından bir istisna öngörülmediği müddetçe, kıdem süresine eklenir<sup>5</sup>. Zira madde metninde fiilen çalışılan süre değil, iş akdinin devam ettiği süre kıdem tazminatına esas alınmıştır<sup>6</sup>. Kanuni istisnalardan birisi grev ve lokavtta geçirilen süreler olarak öngörülmüştür. 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu'nun ("STİSK") 67. maddesine göre grev ve lokavt süresince iş sözleşmesi askıda sayılmasına rağmen, bu askıda kalma süreleri kıdem süresine dâhil edilmez. Yargıtay ise iş sözleşmesinin askıda kaldığı hallerin fiilen çalışma niteliğinde olmadığını ve çalışılmış gibi sayılan (İK m. 55) hallerden de olmadığını; dolayısıyla da kıdem süresine dâhil edilmeyeceğini belirtmek-

---

dan bir sınır getirmediğini belirtmektedir. Bkz Süzek (n 2) 778-779. Krş Sami Narter, *İş Güvencesi, İşe İade Davaları ve Tazminatlar* (3rd edn, Adalet 2017) 575 - 577.

- <sup>3</sup> Fasillı çalışma yerine aralıklı çalışma ifadesi de kullanılmaktadır. Bkz Başbuğ and Bodur (n 2) 233. Örneğin, işçinin önceki işten çıkış/çıkarılma tarihi ile sonraki işe giriş tarihi arasında zamanlaşımı süresi kadar bir süre geçmişse artık önceki çalışmanın zamanlaşımına uğradığı karşı tarafça ileri sürülebilir. Böyle bir zamanlaşımı def'i ileri sürülmüşse önceki çalışma süresi toplam kıdem süresinde dikkate alınmaz.
- <sup>4</sup> Yargıtay 9 HD, 2009/31730, 2012/141, 16.01.2012; Yargıtay 9 HD, 1845/1808, 02.01.2010; Yargıtay 9 HD, 2014/3367, 2015/9766, 10.03.2015; Yargıtay 22 HD, 2016/21949, 2019/19493, 21.10.2019; Yargıtay 22 HD, 2016/23740, 2019/20652, 07.11.2019.
- <sup>5</sup> Nuri Çelik, Nurşen Caniklioğlu and Talat Canbolat, *İş Hukuku Dersleri* (31st edn, Beta 2018) 644; Narmanlioğlu (n 2) 556; Süzek (n 2) 771 - 772; Eyrenci, Taşkent and Ulucan (n 2) 257; Sümer (n 2) 129; Senyen-Kaplan (n 2) 350; Artür Karademir and Hakan Ekinci, *İşçilik Alacakları* (1st edn, Seçkin 2017) 167; Emine Esra Uysal İbat, *Feshin Geçersizliği ve İşçilik Alacakları* (1st edn, On İki Levha 2018) 123. Aksi yönde bkz Yargıtay HGK, 9-303/317, 11.04.2012; Yargıtay 9 HD, 1845/1808, 02.01.2010; Yargıtay 9 HD, 2014/3367, 2015/9766, 10.03.2015; Yargıtay 22 HD, 2016/23740, 2019/20652, 07.11.2019; Yargıtay 22 HD, 2016/23742, 2019/20654, 07.11.2019; Mollamahmutoğlu, Astarlı and Baysal (n 2) 318 - 319.
- <sup>6</sup> Çelik, Caniklioğlu and Canbolat (n 5) 644; Süzek (n 2) 771 - 772; Eyrenci, Taşkent and Ulucan (n 2) 257; Senyen-Kaplan (n 2) 350.

tedir<sup>7</sup>. Bunun dışında, kanuni bir istisna olmamasına rağmen, Yargıtay mevsimlik işlerde çalışılmayan sürelerin kıdem süresinde dikkate alınmayacağını belirtmektedir<sup>8</sup>. Buna rağmen, Yargıtay'a göre çalışma yılı içinde on bir ayı geçiyorsa mevsimlik iş niteliğinde olmayacaktır<sup>9</sup>. Yargıtay, bir defada ihbar süresine ilave olarak altı haftayı aşan raporlu istirahat sürelerinden bu ihbar süresine ek altı haftayı aşan kısmın, ücretsiz izinde geçen sürelerin, tutukluluk ve hükümlülükte geçen sürelerin kıdeme esas sürede dikkate alınmayacağını belirtmektedir<sup>10</sup>. Ayrıca Yargıtay, işe iade davasında dört ayı aşan sürenin kıdeme esas alınmayacağını belirtmektedir<sup>11</sup>. Kısmi süreli çalışan işçilerin kıdem süreleri tespit edilirken sadece çalışılan günler değil; tam süreli işçiler gibi sözleşme süresi dikkate alınır<sup>12</sup>. Deneme süreli iş sözleşmelerinde deneme süresinde geçen süreler de kıdem süresinde dikkate alınır<sup>13</sup>. Yargıtay'a göre süreli fesih bildiriminde bildirim ücreti peşin öden-

<sup>7</sup> Yargıtay 9. HD, 2011/46876, 2012/24088, 25.06.2012; 2012/10006, 2014/14162, 30.04.2014.

<sup>8</sup> Yargıtay 22 HD, 5510/12036, 17.05.2018; Yargıtay 9 HD, 2007/36309, 2009/10880, 16.04.2009. Yargıtay ile benzer görüşte bkz Korkmaz and Alp (n 2) 259. Aksi yönde bkz Süzek (n 2) 773; Sümer (n 2) 132; Müjdat Şakar, *İş Hukuku Uygulaması* (12th edn, Beta 2018) 220; Narter (n 2) 575.

<sup>9</sup> Yargıtay 22 HD, 2015/29939, 2018/11201, 08.05.2018.

<sup>10</sup> Yargıtay 22 HD, 2015/20651, 2017/28407, 11.12.2017; Yargıtay 9 HD, 1845/1808, 02.01.2010; Yargıtay 9 HD, 2014/3367, 2015/9766, 10.03.2015. Tutuklulukta ve ücretsiz izinde geçirilen sürenin kıdeme esas alınmayacağına dair benzer görüş için bkz Korkmaz and Alp (n 2) 255.

<sup>11</sup> Yargıtay 22 HD, 2017/17273, 2018/24693, 19.11.2018; Yargıtay 9 HD, 26391/23205, 13.07.2010. Bazı yazarlar ise boşta geçen tüm sürenin kıdeme esas alınması gerektiğini, bunun dört ayla sınırlandırılmaması gerektiğini belirtmektedir. Buna dair bkz Mollamahmutoğlu, Astarlı and Baysal (n 2) 298, 322.

<sup>12</sup> Çelik, Caniklioğlu and Canbolat (n 5) 655; Süzek (n 2) 774; Narmanlıoğlu (n 2) 562; Mollamahmutoğlu, Astarlı and Baysal (n 2) 321; Başbuğ and Bodur (n 2) 232; Sümer (n 2) 132; Senyen-Kaplan (n 2) 350; Karademir and Ekinci (n 5) 170 – 171. Aynı yönde bkz Yargıtay 9 HD, 8184/12733, 27.09.2000; Yargıtay 22 HD, 26593/28722, 22.10.2014. Böyle bir halde genellikle kısmi süreli işçinin ücreti daha düşük olacağı için zaten kıdem tazminatı da süre tam olarak ele alınsa bile tam süreli işçiye göre daha düşük olacaktır. Bu yönde bkz Narter (n 2) 574.

<sup>13</sup> Çelik, Caniklioğlu and Canbolat (n 5) 645; Narmanlıoğlu (n 2) 554; Korkmaz and Alp (n 2) 255; Sümer (n 2) 129; Narter (n 2) 575; Uysal İbat (n 5) 123. Aynı yönde bkz Yargıtay 9 HD, 2014/3367, 2015/9766, 10.03.2015; Yargıtay 22 HD, 2016/18428, 2019/16294, 16.09.2019; Yargıtay 22 HD, 2016/21949, 2019/19493, 21.10.2019. Aynı kararlarda Yargıtay, çıraklık döneminde geçirilen sürenin ise kıdem süresi hesaplanırken dikkate alınmayacağını belirtmektedir.

mekteyse kıdem süresine bildirim süresi dâhil edilmez<sup>14</sup>. Bu açıklamalar kıdeme esas sürenin uzunluğunun tespitinde önem arz etmektedir.

12/07/1975 tarihinden itibaren işyerinin devri veya herhangi bir suretle el değiştirmesi halinde işlemiş kıdem tazminatlarından her iki işveren sorumludur<sup>15</sup>. Ancak, işyerini devreden işverenlerin bu sorumlulukları işçiyi çalıştırdıkları sürelerle ve devir esnasında işçinin aldığı ücret seviyesiyle sınırlıdır. Devreden işverenin sorumluluğu İŞK m. 6/3'te öngörülen iki yıllık süre ile sınırlı değildir<sup>16</sup>. Bunun yerine sözleşmenin sona erdiği tarihten itibaren kıdem tazminatına dair zamanasını süresi uygulanacak; devir tarihi dikkate alınmayacaktır<sup>17</sup>. Devralan işveren açısından ise işçinin sadece kendisinin yanında çalıştığı süreler değil; devirden önce devreden işveren yanında çalıştığı süreler de kıdeme eklenir<sup>18</sup>. Fakat devirden önce sona ermiş sözleşmelerden devralan işveren sorumlu olmayacaktır<sup>19</sup>. 12/07/1975 tarihinden evvel işyeri devrolmuş veya herhangi bir suretle el değiştirmişse devir mukavelesinde aksine bir hüküm yoksa işlemiş kıdem tazminatlarından yeni işveren sorumludur.

## **2. Hesaplama Dikkate Alınacak Ücret**

İK madde 14'te geçen ifadeler de dikkate alındığında, kıdem tazminatının giydirilmiş son brüt ücret üzerinden hesaplanacağı söyle-

---

<sup>14</sup> Yargıtay HGK, 9-1220/132, 19.12.1982; Yargıtay 9 HD, 9330/10107, 24.12.1982 (Süzek (n 2) 553, 68 nolu dipnottan naklen). Aksi yönde bkz Çelik, Caniklioğlu and Canbolat (n 5) 645; Süzek (n 2) 770 - 771; Sümer (n 2) 129; Mollamahmutoğlu, Arslan ve Baysal (n 2) 269; Narmanlioğlu (n 2) 371 - 374.

<sup>15</sup> Kanunun lafzından hareketle işyerinin el değiştirmesinin geniş şekilde anlaşılması gerektiği ve tüm el değiştirmelerde işçinin kıdeminin toplam çalışma süresi esas alınarak hesaplanması gerektiği belirtilmektedir. Bkz Ercüment Özkaraca, 'İşyeri Devrinin İş Sözleşmelerine Etkisi ve İşverenlerinin Hukuki Sorumluluğu', Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Doktora Tezi (2008) 241. Baki Oğuz Mülayim and Ashhan Kayık Aydınalp, 'Fazla Çalışma Ücretinin Hesaplanması' (2019) 9(2) Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi 412, 421

<sup>16</sup> Özkaraca (n 15) 382; Sarper Süzek, 'İşyerinin Devri ve Hukuki Sonuçları' (2013) 15(Özel Sayı) Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 319.

<sup>17</sup> Özkaraca (n 15) 382.

<sup>18</sup> Özkaraca (n 15) 240; Süzek, *Makale* (n 16) 319.

<sup>19</sup> Özkaraca (n 15) 380.

nebilir<sup>20</sup>. Buna göre bu ücretin üç sıfatı söz konusudur: Giydirilmiş, brüt ve son ücret. Belirtmek gerekir ki elde edilen gösterge ücret, kıdem tazminatı tavanını geçiyorsa kıdem tazminatı tavanı esas alınır ve bunu aşan kısım dikkate alınmaz. Zira İK m. 14 uyarınca, toplu sözleşmelerle ve hizmet akitleriyle belirlenen kıdem tazminatlarının yıllık miktarı, 657 sayılı Devlet Memurları Kanununa ("DMK") tabi en yüksek devlet memuruna 5434 sayılı TC Emekli Sandığı Kanunu ("ESK") hükümlerine göre bir hizmet yılı için ödenecek azami emeklilik ikramiyesini geçemez. Sene içerisinde genellikle iki dönem bulunmakta ve her bir dönem için ayrı ayrı kıdem tazminatı tavanı belirlenmektedir<sup>21</sup>. Bu durumda, kıdem tazminatı hangi dönem içerisinde ortaya çıkmışsa o dönemdeki tavan sınırlamasına tabi olacaktır<sup>22</sup>. Keza İK m. 14 uyarınca, son bir yıl içinde işçi ücretine zam yapıldığı takdirde, tazminata esas ücret, işçinin işten ayrılma tarihi ile zammın yapıldığı tarih arasında alınan ücretin aynı süre içinde çalışılan günlere bölünmesi suretiyle hesaplanır.

Kıdem tazminatına esas alınacak ücretin hesabında İK'nin 26. maddesinin birinci fıkrasında belirtilen ücrete ilaveten işçiye sağlanmış olan para ve para ile ölçülmesi mümkün akdi ve kanundan doğan menfaatler de göz önünde tutulur. Bu menfaatlerin arızı nitelikte olmaması ve süreklilik arz etmesi gerekmektedir<sup>23</sup>. İşte temel ücrete

<sup>20</sup> Yargıtay 22 HD, 16123/27787, 19.12.2018. Aynı yönde bkz Çelik, Caniklioğlu and Canbolat (n 5) 662; Süzek (n 2) 788 – 789; Mollamahmutoğlu, Astarlı and Baysal (n 2) 328; Narmanlıoğlu (n 2) 585 – 587; Şentürk Dursun, *İş Hukukuna Davaların İlişkin Bilirkişi Raporları* (1st edn, Seçkin 2018) 47; Karademir and Ekinci (n 5) 191; Korkmaz and Alp (n 2) 261; Sümer (n 2) 134; Şakar (n 8) 220; Kenan Tunçomağ and Tankut Centel, *İş Hukukunun Esasları* (8th edn, Beta 2016) 244 – 245; Ercan Akyiğit, *İş Hukuku* (8th edn, Seçkin 2010) 208 – 209.

<sup>21</sup> Kıdem tazminatı tavanları için bkz <<https://www.ailevecalisma.gov.tr/media/9140/kidem-tazminati-tavan-miktari.pdf>> Erişim Tarihi 28 December 2019.

<sup>22</sup> Esas alınacak tavan iş sözleşmesinin sona erdiği tarihteki tavan ücrettir. Bkz Mollamahmutoğlu, Astarlı and Baysal (n 2) 331.

<sup>23</sup> Yargıtay HGK, 2004/9-86, 2004/124, 03.03.2004. Çelik, Caniklioğlu and Canbolat (n 5) 663; Süzek (n 2) 790; Mollamahmutoğlu, Astarlı and Baysal (n 2) 328; Narmanlıoğlu (n 2) 589; Korkmaz and Alp (n 2) 261; Sümer (n 2) 134; Şakar (n 8) 222; Senyen-Kaplan (n 2) 353 – 354; Tunçomağ and Centel (n 20) 246; Karademir and Ekinci (n 5) 191; Narter (n 2) 579; Akyiğit (n 20) 209; Mustafa Baysal, *Çözümlerle İş Kanunu Sorunları* (3rd edn, Seçkin 2019) 165.

ilave olarak bu tür menfaatlerin de dikkate alınmasıyla giydirilmiş ücret elde edilecektir<sup>24</sup>. Bu menfaatler sınırlı sayıda olmayıp, konut, gıda, yakacak, aydınlatma ücreti gibi menfaatler bunlara örnek gösterilebilir<sup>25</sup>. Benzer şekilde bayram harçlığı, giyecek yardımı (işyerinde giyilen giysiler haricindeki yardım niteliğindeki giyecek desteği), ikramiye, öğrenci ve çocuk yardımı da bu menfaatlere örnek gösterilebilir<sup>26</sup>. Yemek ve yol yardımları da bu menfaatlere dendir<sup>27</sup>. Arızı nitelikteki menfaatler giydirilmiş ücretin tayininde dikkate alınmayacaktır. Bunlara örnek olarak prim, tahsil yardımı, fazla çalışma ücreti, işyerinde kullanılmak ve giyilmek üzere verilen iş eşyaları, hafta tatili ücreti, otel gideri gibi kalemler gösterilebilir<sup>28</sup>.

İkinci olarak İK m. 14 uyarınca kıdem tazminatında esas alınan ücret son ücrettir. İşe iade davası açılmış ve iade kararı üzerine işçi işverene iade başvurusunda bulunmuş olmasına rağmen işveren işçi işe almamışsa son ücret işçinin işe iadesinin gerçekleşmediği tarihteki ücret olacaktır<sup>29</sup>. Bu durumda öncelikle işe alınmama tarihi itibarıyla emsal ücret araştırması yapılacaktır<sup>30</sup>. Başka emsal işçinin bulunmaması halinde, sözleşmenin geçersiz olarak feshedildiği tarihteki son giydirilmiş brüt ücret, sona erme tarihi ile işe iade alınmama tarihi sürecinde asgari ücrette meydana gelen artış oranına göre güncellenir<sup>31</sup>. Parça başı, akort, götürü veya yüzde usulü gibi ücretin sabit olmadığı hallerde son bir yıllık süre içinde ödenen ücretin o süre içinde çalışılan günlere bölünmesi suretiyle bulunacak ortalama ücret bu

<sup>24</sup> Yargıtay HGK, 2016/1542, 2020/168, 18.02.2020.

<sup>25</sup> Yargıtay HGK, 2004/9-86, 2004/124, 03.03.2004.

<sup>26</sup> Narter (n 2) 580 – 581.

<sup>27</sup> Yargıtay HGK, 2016/1542, 2020/168, 18.02.2020; Yargıtay 9 HD, 2012/6484, 2014/9201, 20.03.2014; Yargıtay 22 HD, 2013/36390, 2014/15533, 03.06.2014.

<sup>28</sup> Yargıtay HGK, 2004/9-86, 2004/124, 03.03.2004.

<sup>29</sup> Çelik, Caniklioğlu and Canbolat (n 5) 561; Mollamahmutoğlu, Astarlı and Baysal (n 2) 300, 329; Dursun (n 20) 47. Aynı yönde bkz Yargıtay 9 HD, 26391/23205, 13.07.2010; Yargıtay 9 HD, 2015/23588, 2018/20304, 12.11.2018; Yargıtay 22 HD, 2017/23694, 2019/15922, 11.09.2019.

<sup>30</sup> Çelik, Caniklioğlu and Canbolat (n 5) 561; Dursun (n 20) 47. Aynı yönde bkz Yargıtay 9 HD, 2015/23588, 2018/20304, 12.11.2018; Yargıtay 22 HD, 2017/23694, 2019/15922, 11.09.2019.

<sup>31</sup> Dursun (n 20) 47. Aynı yönde bkz Yargıtay 9 HD, 2015/23588, 2018/20304, 12.11.2018.



tazminatın hesabında esas alınır. Kısmi süreli çalışan işçilerin gösterge ücreti ise son aylık ücretin otuza bölünmesi suretiyle elde edilecektir<sup>32</sup>.

İşçinin otuz günlük giydirilmiş ücreti hesaplanırken, öncelikle elde ettiği çıplak net ücret brüt ücrete dönüştürülür<sup>33</sup>. Belirtmek gerekir ki, çıplak net ücret asgari geçim indirimini kapsamaz<sup>34</sup>. Dolayısıyla asgari geçim indirimi varsa önce bu miktar indirilerek çıplak net ücret bulunur ve sonrasında bu ücret brüt ücrete dönüştürülür<sup>35</sup>. Bundan sonra çıplak brüt ücrete ikramiye, yol ve yemek yardımı gibi ilave haklar da eklenir<sup>36</sup>. Bu hakların devamlılık göstermesi ve arızı nitelikte olmaması gerekmektedir<sup>37</sup>. Fakat bu ilave kalemler otuz günlük periyotlar (tarafklar arasında tayin edilmiş bir sayı yoksa yol ve yemek için aşağıda da belirtildiği üzere otuz günlük periyotlarda sadece çalışılan günler üzerinden) üzerinden hesaplanır<sup>38</sup>. Buna göre, yılda iki defa 5.000,00 TL'lik ikramiye veriliyorsa 10.000,00 TL olan toplam ikramiye 365 güne bölünecek<sup>39</sup>; elde edilen sayı ise otuz gün ile çarpılacaktır<sup>40</sup>. Bulunan ikramiye alacağı brüt ücrete dönüştürülerek otuz

<sup>32</sup> Mollamahmutoğlu, Astarlı and Baysal (n 2) 329.

<sup>33</sup> Dursun (n 20) 47; Karademir and Ekinçi (n 5) 191; Uğur Ocak, *Feshe Bağlı İşçilik Alacakları 1. Kitap* (6th edn, Kalkan 2018) 12.

<sup>34</sup> Çelik, Caniklioğlu and Canbolat (n 5) 663. Asgari geçim indiriminin hiçbir işçilik alacağına esas ücrete dâhil edilemeyeceğine dair bkz Yargıtay 9 HD, 2015/20878, 2018/14951, 09.07.2018; Yargıtay 9 HD, 2016/14809, 2019/15698, 12.09.2019.

<sup>35</sup> Yargıtay 22 HD, 2017/23989, 2019/16496, 17.09.2019; Dursun (n 20) 56.

<sup>36</sup> Çelik, Caniklioğlu and Canbolat (n 5) 662; Dursun (n 20) 47; Ocak, *1. Kitap* (n 32) 12.

<sup>37</sup> Çelik, Caniklioğlu and Canbolat (n 5) 663; Süzek (n 2) 790; Mollamahmutoğlu, Astarlı and Baysal (n 2) 328; Narmanlioğlu (n 2) 589; Korkmaz and Alp (n 2) 261; Sümer (n 2) 134; Şakar (n 8) 222; Senyen-Kaplan (n 2) 353 – 354; Tunçomağ and Centel (n 20) 246; Karademir and Ekinçi (n 5) 191; Narter (n 2) 579; Akyiğit (n 20) 209; Baysal (n 22) 165.

<sup>38</sup> Çelik, Caniklioğlu and Canbolat (n 5) 662; Dursun (n 20) 74.

<sup>39</sup> Benzer şekilde bkz Çelik, Caniklioğlu and Canbolat (n 5) 663; Başbuğ and Bodur (n 2) 235 – 236; Korkmaz and Alp (n 2) 261. Aynı yönde bkz Yargıtay 9 HD, 26391/23205, 13.07.2010. Şakar ise ayın otuz gün esas alındığı bir durumda, yılın 365 yerine 360 gün olarak kabul edilmesinin işçinin yararına olacağını belirtmek ve bunun sosyal sigortalar uygulamasıyla da paralellik oluşturacağını belirtmektedir. Bkz Şakar (n 8) 224.

<sup>40</sup> Çelik, Caniklioğlu and Canbolat (n 5) 662.

günlük çıplak brüt ücrete eklenecektir<sup>41</sup>. Ayrıca, aynı yardım niteliğindeki yapılan aylık yemek ücreti<sup>42</sup> ve yol ödeneğinden farklı olarak; otuz günlük ortalama ikramiye alacağı ve aynı nitelikte olmayan tüm değişkenler doğrudan değil brüte çevrilerek çıplak brüt ücrete eklenir<sup>43</sup>. Zira aynı yardımlar bordrolaştırılmadığı için, net ücret aynı zamanda brüt ücret olacaktır<sup>44</sup>. Benzer şekilde Yargıtay'a göre sosyal yardım niteliğindeki barınma ve ısınma yardımları gelir vergisinden ve Sosyal Güvenlik Kurumu ("SGK") priminden muaftır. Bu sebeple, bu yardımlar brüte çevrilmeksizin ücrete eklenmelidir<sup>45</sup>. Varılan otuz günlük giydirilmiş brüt ücret İK madde 14'te belirtilen tavan ücreti geçiyorsa gösterge olarak tavan ücret esas alınır. Şayet tavan ücreti geçmiyorsa elde edilen giydirilmiş brüt ücret dikkate alınır. Tüm bunlardan sonra tespit edilen otuz günlük giydirilmiş brüt ücret veya duruma göre tavan ücret, işçinin çalıştığı yıl sayısı ile çarpılır. İşçi tam sayıyla ifade edilemeyen bir süre kadar çalışmışsa çalışılan yıl sayısı kesirli olacaktır. Örneğin, 27 ay çalışmış bir işçinin otuz günlük giydirilmiş brüt

---

<sup>41</sup> Benzer şekilde bkz Narmanlıoğlu (n 2) 590; Dursun (n 20) 56; Şakar (n 8) 222.

<sup>42</sup> Yemek ücretinin brüt olarak değil, net olarak eklenmesi gerektiğine dair bkz Yargıtay 9 HD, 2015/20878, 2018/14951, 09.07.2018; Yargıtay 9 HD, 2018/10615, 2019/2720, 05.02.2019. GVK madde 23/10 uyarınca yol ücretinin aynı yardım sayılabilmesi için bizzat işverence işçilere bu hizmetin sağlanması gerekir. Keza bu hizmet işçilerin toplu olarak işe giriş ve gelişleri için sağlanmalıdır. İşverence yol giderinin ulaşım kartı gibi yollarla işçiye verilmesi durumunda ise bunun kanunda belirtilen miktarı aşması halinde, aşan miktar vergilendirme tabi olacaktır. Keza yol ücretinin nakit şekilde işçiye ödenmesi halinde bu ücret vergiye tabi olacak ve dolayısıyla brüte çevrilmek suretiyle çıplak brüt ücrete eklenecektir. Bu konudaki diğer detaylar için bkz GVK madde 23/10.

<sup>43</sup> Ocak, 1. Kitap (n 32) 12. Fakat belirtmek gerekir ki bu husus sadece bizzat yemeğin işverence işyerinde veya işyeri müştemilatında işçilere sunulması halinde söz konusudur. Aksi halde, bu menfaat işyerinde veya müştemilatında sağlanmamakta ve yemek bedeli yemek verme hizmetini sunan kişiye verilmekteyse GVK madde 23/8'deki sınıra göre hesaplama yapılacaktır. Aynı şekilde bu yardım yemek ücreti şeklinde işçilere ödenmekteyse GVK madde 23/8'deki sınırı aşan kısım vergiye tabi olacak ve dolayısıyla brüt şekilde ücrete eklenecektir. Keza nakden değil de yemek kuponu vb gibi araçlarla işçiye kullanılan menfaatlerin kanunda belirtilen sınırları aşması halinde, aşan miktar vergilendirmeye tabi olacaktır. Bkz Ali Ekin and K Melis Topçu, 'İşçi Alacakları Açısından Gelir Vergisi ve Yasal Kesintiler' (2016) (8) Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi 115, 128 - 129.

<sup>44</sup> Ocak, 1. Kitap (n 32) 12.

<sup>45</sup> Yargıtay 9 HD, 19335/14691, 20.06.2016; 19336/14692, 20.06.2016.

ücreti 2,25 katsayısı ile çarpılacaktır. Zira 27 ay 2,25 yıla denk gelmektedir (27 ay/12 ay).

Giydirilmiş brüt ücret (veya tavan ücret) ile yıl sayısının çarpımından elde edilen sonuçtan son olarak damga vergisi düşülecektir<sup>46</sup>. Kıdem tazminatından damga vergisi (ve şartları varsa veraset ve intikal vergisi<sup>47</sup>) haricinde başka vergi kesilmez<sup>48</sup>. Gerçekten de 193 sayılı Gelir Vergisi Kanunu'nun ("GVK") 25. maddesinde kıdem tazminatının gelir vergisinden muaf olduğu belirtilmiştir. Ayrıca, 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu ("SSGSSK") madde 80 uyarınca kıdem tazminatından sosyal güvenlik primi ve işsizlik sigortası kesintisi yapılmaz.

Yukarıda belirtilen açıklamaları bir örnek üzerinden vermek faydalı olacaktır. 30 aylık kıdeme sahip bir işçinin aldığı son çıplak net ücret 2.500,00 TL olsun. Bunun haricinde işçiye günde bir öğün yemek, yol ücreti ve yılda bir defa 3.000,00 TL'lik ikramiye verilmiş olsun. Böyle bir halde 2.500,00 TL öncelikle brüt ücrete çevrilir. Elde edilen sonuca işçinin yemek hakkı ve ikramiye hakkı da eklenecektir. Yemek ve yol ücreti sözleşmede açıkça belirtilmişse bu sayı dikkate alınır. Yemek ücreti sözleşmede belirtilmemişse bunun ayrıca tespiti gerekir. Yargıtay'a göre, yemek ücreti işyerinin niteliği ve işçinin çalışma dönemi de esas alınarak ilgili kuruluşlardan sorulmalıdır<sup>49</sup>. Keza sözleşmede aksi belirtilmemişse yemek ücreti peşinen otuz gün ile değil, sadece otuz günlük periyot içerisinde çalışılan gün sayısı ile çarpılacaktır<sup>50</sup>. Buna göre, hafta tatilleri otuz günden düşülecektir. Genelde haftada bir gün tatil yapıldığından yirmi altı gün üzerinden

<sup>46</sup> Dursun (n 20) 48; Şakar (n 8) 225; Karademir and Ekinci (n 5) 191; Akyiğit (n 20) 210; Ekin and Topçu (n 42) 138.

<sup>47</sup> Akyiğit (n 20) 210.

<sup>48</sup> Kıdem tazminatının damga vergisi haricinde herhangi başka bir kesintiye tabi olmadığına dair bkz Yargıtay 22 HD, 2565/4760, 26.02.2018. Aynı yönde bkz Ocak, *1. Kitap* (n 32) 12; Baysal (n 22) 166.

<sup>49</sup> Yargıtay 22 HD, 12562/22817, 22.10.2018; Yargıtay 22 HD, 2015/35131, 2018/18945, 17.09.2018; Yargıtay 22 HD, 2017/21875, 2019/10068, 08.05.2019.

<sup>50</sup> Dursun (n 20) 47; Ocak, *1. Kitap* (n 32) 12. Aynı yönde bkz Yargıtay 22 HD, 2017/13700, 2018/13184, 28.05.2018.

hesaplama yapılmaktadır<sup>51</sup>. Otuz günlük periyotlarda çalışılan gün sayısı ile günlük yemek hakkı sayısı ve yemek ücreti çarpılır. Elde edilen sonuç çıplak brüt ücrete eklenir. Aylık yol ücretinin de fiilen çalışılan günler esas alınmak kaydıyla, gidiş – dönüşü karşılayacak şekilde akbil ücreti olduğu ve akbil ücretinin belediyeden sorulması gerektiği belirtilmiştir<sup>52</sup>. Hem yemek hem de yol ücretinin ilgili kuruluşlardan sorulmadan tahmini şekilde hesaplanması bozma sebebi olarak kabul edilmiştir<sup>53</sup>. Yine Yargıtay’a göre her bir dönem için yemek ve yol ücreti ayrı ayrı tespit edilmelidir<sup>54</sup>. 3.000,00 TL’lik ikramiye de 365 güne bölünüp 30 günle çarpılacak ve çıkan sonuç brüte çevrilecektir. Brüt ikramiye alacağı çıplak brüt ücrete eklenecektir. Tüm bunlar 30 aylık kıdem yıl türünden karşılığı olan 2,5 (bu süre boyunca yemek ve yol ücretinde bir değişiklik olmadığı varsayımında) ile çarpılacaktır. Elde edilen sonuçtan damga vergisi düşülecektir.

İK madde 14’te kıdem tazminatına uygulanacak faiz oranı da belirtilmiştir. İlgili kanun hükmüne göre kıdem tazminatının zamanında ödenmemesi sebebiyle açılacak davanın sonunda hâkim gecikme süresi için mevduata uygulanan en yüksek faizin ödenmesine hükmeder. İK madde 14’teki faiz oranı 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu (“TBK”) madde 120’de belirtilen yasal faize bir istisna getirmiştir. Gerçekten de İK madde 14’te yasal faiz değil, mevduata uygulanan en yüksek faiz tercih edilmiştir. En yüksek mevduat faizinin nasıl tespit edileceğine değinmek gerekir. Yargıtay tarafından, ilgili faiz oranının fiilen uygulanmış faiz oranı olması gerektiği ve sadece kamu bankalarınca değil, özel bankalarca uygulanmış faiz oranlarının da dikkate alınabileceği belirtilmiştir<sup>55</sup>. Yine yıllık mevduat faizi daha yüksek olduğu için, aylık

---

<sup>51</sup> Dursun (n 20) 176.

<sup>52</sup> Yargıtay 9 HD, 2014/13884, 2015/26915, 30.09.2015.

<sup>53</sup> Yargıtay 9 HD, 2014/13884, 2015/26915, 30.09.2015; Yargıtay 22 HD, 2017/21875, 2019/10068, 08.05.2019.

<sup>54</sup> Yargıtay 22 HD, 2018/16556, 2019/829, 14.01.2019.

<sup>55</sup> Yargıtay 22 HD, 8665/22536, 23.10.2017; Yargıtay 9 HD, 2013/3849, 2014/40037, 24.12.2014; Yargıtay 7 HD, 70/9237, 28.04.2014; Yargıtay 7 HD, 2014/13410, 2015/1976, 19.02.2015.

değil, yıllık mevduat faizi dikkate alınacaktır<sup>56</sup>. Mahkemenin bu faiz oranını bankalardan sorması gerekmektedir<sup>57</sup>. Keza sadece sona erme tarihindeki sabit mevduat faizi değil; tazminatın ödenmediği süre boyunca her bir yıllık dönem için değişken faiz oranları uygulanacaktır<sup>58</sup>. Uygulamada gerek kamu bankalarına gerekse de özel bankalara sorularak fiilen mevduata uygulanan en yüksek faiz tespit edilmeye çalışılmaktadır. Mahkeme taraflara üçer tane banka ismi vermeleri için süre vermektedir. Mahkeme ismi verilen bankalara fiilen uyguladıkları en yüksek mevduat faiz oranını sormaktadır. Gelen cevaplara göre en yüksek oranlı mevduat faizi esas alınarak bilirkişi raporları hazırlanmaktadır<sup>59</sup>.

İK madde 14'te kıdem tazminatının sözleşmenin sona ermesiyle kazanılacağı belirtildiği için, faiz başlangıç tarihi sözleşmenin (kıdem tazminatına sebebiyet verecek şekilde) sona erme tarihi olacaktır. Bu, işe iade başvurusu halinde işe başlatmama anı olarak kabul edilmelidir<sup>60</sup>. Böylece TBK madde 117'ye bir istisna getirilmiştir. Gerçekten de kural olarak, ilgili maddede belirtildiği üzere, borçlu ancak alacaklının ihtarıyla temerrüde düşer. Oysa İK madde 14'te temerrüt faizinin işlemeye başlaması için ihtar gerekli görülmemiş, sözleşmenin kıdem tazminatına sebebiyet verecek şekilde sona ermiş olması yeterli görülmüştür.

Son olarak kıdem tazminatına dair zamanaşımı süresine değinmek faydalı olacaktır. Kıdem tazminatının zamanaşımı süresi için daha önce İşK'de açık bir düzenleme bulunmamaktaydı. Bu süre bo-

---

<sup>56</sup> Yargıtay 22 HD, 8665/22536, 23.10.2017; Yargıtay 7 HD, 70/9237, 28.04.2014; Yargıtay 7 HD, 2014/13410, 2015/1976, 19.02.2015.

<sup>57</sup> Yargıtay 22 HD, 8665/22536, 23.10.2017.

<sup>58</sup> Çelik, Caniklioğlu and Canbolat (n 5) 669; Karademir and Ekinci (n 5) 192. Aynı yönde bkz Yargıtay 7 HD, 70/9237, 28.04.2014; Yargıtay 7 HD, 2014/13410, 2015/1976, 19.02.2015.

<sup>59</sup> Narter (n 2) 590.

<sup>60</sup> Çelik, Caniklioğlu and Canbolat (n 5) 553, 562; Mollamahmutoğlu, Astarlı and Baysal (n 2) 296 - 297; Narmanlioğlu (n 2) 523; Uysal İbat (n 5) 129. Zira bu halde önceki fesih geçersiz sayılmış olmakta; işe başlatmama halinde işverence sözleşme feshedilmiş sayılmaktadır. Aynı yönde bkz Yargıtay 22 HD, 2017/23694, 2019/15922, 11.09.2019.

yunca özel bir düzenleme bulunmadığı için, TBK madde 146'daki genel on yıllık zamanaşımı kıdem tazminatına da uygulanmaktaydı. 25.10.2017 tarihinde getirilen ek madde 3 ile artık kıdem tazminatının beş yıllık zamanaşımına tabi olacağı açıkça belirtilmiştir. 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu ("İMK") ile getirilen geçici sekizinci maddeyle, bu yeni zamanaşımı kural olarak yürürlüğe girdiği tarihten sonra sona eren sözleşmelerden kaynaklanan kıdem tazminatlarına uygulanacaktır. Buna göre, bu madde yürürlüğe girmeden önce başlamış zamanaşımı süreleri on yıllık zamanaşımına tabi kalmaya devam edecektir. Ne var ki geçici sekizinci madde, yürürlük tarihinden (25.10.2017) önce başlamış olan zamanaşımı sürelerini de sınırlandırmaktadır. İlgili hükme göre zamanaşımının dolmamış kısmı beş yıldan uzun ise zamanaşımı maksimum beş yıl kadar devam edebilecektir. Zamanaşımının başlangıç tarihi genel kural olan TBK madde 149'a göre tespit edilecektir. Bu ise kıdem tazminatının muaccel olduğu tarihtir. Muacceliyet tarihi ise kıdem tazminatına sebebiyet verecek şekilde iş sözleşmesinin sona erdiği tarih olacaktır.

## **B. İhbar ve Kötüniyet Tazminatlarının Hesaplanması**

Kötüniyet tazminatı ihbar tazminatı üzerinden tanımlandığından, öncelikle ihbar tazminatına dair açıklamalar verilecektir. İhbar tazminatına dair temel düzenlemeler İşK madde 17 ve ek madde 3'te yer almıştır. İşK madde 17'deki ilgili düzenleme şu şekildedir: "*Belirsiz süreli iş sözleşmelerinin feshinden önce durumun diğer tarafa bildirilmesi gerekir. İş sözleşmeleri; a) İşi altı aydan az sürmüş olan işçi için, bildirim diğer tarafa yapılmasından başlayarak iki hafta sonra, b) İşi altı aydan birbuçuk yıla kadar sürmüş olan işçi için, bildirim diğer tarafa yapılmasından başlayarak dört hafta sonra, c) İşi birbuçuk yıldan üç yıla kadar sürmüş olan işçi için, bildirim diğer tarafa yapılmasından başlayarak altı hafta sonra, d) İşi üç yıldan fazla sürmüş işçi için, bildirim yapılmasından başlayarak sekiz hafta sonra feshedilmiş sayılır. Bu süreler asgari olup sözleşmeler ile artırılabilir. Bildirim şartına uymayan taraf, bildirim süresine ilişkin ücret tutarında tazminat ödemek zorundadır. İşveren bildirim süresine ait ücreti peşin vermek suretiyle iş*

sözleşmesini feshedebilir. ... Bu maddeye göre ödenecek tazminatlar ile bildirim sürelerine ait peşin ödenecek ücretin hesabında 32'nci maddenin birinci fıkrasında yazılan ücrete ek olarak işçiye sağlanmış para veya para ile ölçülmesi mümkün sözleşme ve Kanundan doğan menfaatler de göz önünde tutulur.”. Ek madde 3'te ise zamanaşımı hususu düzenlenmiştir.

İlgili kanun hükmü incelendiğinde, ihbar tazminatının da kıdem tazminatında olduğu gibi giydirilmiş son brüt ücret üzerinden hesaplanacağı söylenebilir<sup>61</sup>. Giydirilmiş son brüt ücretin bir günlük tutarı ile işçinin kıdemine denk gelen bildirim süresi çarpılacaktır<sup>62</sup>. İşçinin kıdem süresi belirlenirken kıdem tazminatında belirtilen hususlar burada da dikkate alınacaktır. Kıdem tazminatından farklı olarak, ihbar tazminatı için herhangi bir tavan ücret uygulaması öngörülmemiştir. Dolayısıyla, giydirilmiş brüt ücret kıdem tazminatı için öngörülen tavan ücreti aşırsa da uygulanacaktır. Giydirilmiş son brüt ücretin bir günlük tutarı ile işçinin kıdemine denk gelen bildirim süresi çarpıldıktan sonra, elde edilen miktar üzerinden hesaplanan gelir vergisi ve damga vergisi düşülecektir<sup>63</sup>. Zira ihbar tazminatı, kıdem tazminatından farklı olarak, gelir vergisinden muaf değildir. İlgili gelir vergisi kademeli olup oranı değişmektedir. İhbar tazminatından SSGSSK madde 80 uyarınca sosyal güvenlik primi ve işsizlik sigortası kesintisi ise kesilmez<sup>64</sup>.

<sup>61</sup> Çelik, Caniklioğlu and Canbolat (n 5) 460; Süzek (n 2) 556; Narmanlıoğlu (n 2) 384; Eyrenci, Taşkent and Ulucan (n 2) 190; Şakar (n 8) 165; Dursun (n 20) 48; Karademir and Ekinci (n 5) 213. Aynı yönde bkz Yargıtay 22 HD, 16123/27787, 19.12.2018; Yargıtay 22 HD, 2017/18843, 2018/27674, 18.12.2018.

<sup>62</sup> Çelik, Caniklioğlu and Canbolat (n 5) 460; Dursun (n 20) 48; Şakar (n 8) 165; Karademir and Ekinci (n 5) 214; Ocak, 1. Kitap (n 32) 844. Aynı yönde bkz Yargıtay 22 HD, 16123/27787, 19.12.2018.

<sup>63</sup> Dursun (n 20) 48; Şakar (n 8) 165; Narter (n 2) 647 – 648; Ekin and Topçu (n 42) 142. Bunlar haricinde herhangi bir kesintinin yapılamayacağına dair bkz Ocak, 1. Kitap (n 32) 843. Aynı yönde bkz Yargıtay 22 HD, 2565/4760, 26.02.2018; Yargıtay HGK, 2016/2418, 2018/53, 17.01.2018; Yargıtay HGK, 2016/2413, 2018/52, 17.01.2018; Yargıtay HGK, 2016/2416, 2017/1501, 06.12.2017; Yargıtay HGK, 2016/571, 2017/1454, 29.11.2017.

<sup>64</sup> Şakar (n 8) 165; Resul Kurt and Muzaffer Koç, İş Sözleşmesinin Sona Erdirilmesi, İş Güvencesi ve İşe İade Davaları (3rd edn, Seçkin 2017) 225; Ekin and Topçu (n 42) 141.

İhbar tazminatına işleyecek faiz konusunda herhangi bir özel düzenleme bulunmadığı için, TBK madde 117 ve 120 hükümleri uygulama alanı bulacaktır. Buna göre, ihbar tazminatına işleyecek faizin başlangıç tarihi, karşı tarafın temerrüde düşürüldüğü tarih olacaktır. Aynı şekilde ihbar tazminatına yasal faiz işletilecektir<sup>65</sup>.

İşK ek madde 3 hükmü, tıpkı kıdem tazminatında olduğu gibi, ihbar tazminatında da beş yıllık bir zamanaşımı süresi öngörmüştür. Dolayısıyla, gerek ek madde 3 öncesi gerekse ek madde 3 sonrası kıdem tazminatında belirtilen zamanaşımı süresine dair açıklamalar ihbar tazminatı için de geçerlidir.

Kötüniyet tazminatı ise iş güvencesi dışında kalan işçiler için getirilmiştir. İşK madde 17’de belirtildiği üzere, bu tazminat yukarıda bahsedilen ihbar tazminatının üç katı olacaktır. Ayrıca İşK ek madde 3’te kötüniyet tazminatı için de zamanaşımı öngörüldüğünden, zamanaşımına dair ihbar ve kıdem tazminatı için yapılan açıklamalar kötüniyet tazminatı için de geçerli olacaktır. Keza faiz başlangıç tarihi ve faiz oranı hakkında özel bir düzenleme getirilmediği için, TBK’deki genel hükümler çerçevesinde kötüniyet tazminatı işverenin temerrüde düştüğü tarihten itibaren yasal faiz oranına tabi olacaktır.

### **C. İşe Başlatmama Tazminatının Hesaplanması**

İş güvencesi kapsamına giren işçilerin sözleşmeleri geçerli bir sebep belirtilmeden sonlandırılırsa bu işçiler işe başlatmama tazminatına hak kazanabileceklerdir. İşK madde 21’de yer alan ilgili düzenleme şu şekildedir: *“İşverence geçerli sebep gösterilmediği veya gösterilen sebebin geçerli olmadığı mahkemece veya özel hakem tarafından tespit edilerek feshin geçersizliğine karar verildiğinde, işveren, işçiyi bir ay içinde işe başlatmak zorundadır. İşçiyi başvurusu üzerine işveren bir ay içinde işe başlatmaz ise, işçiyeye en az dört aylık ve en çok sekiz aylık ücreti tutarında tazminat ödemekle yükümlü olur. Mahkeme veya özel hakem feshin geçersizliğine karar verdiğinde, işçinin işe başlatılmaması*

---

<sup>65</sup> Yargıtay 9 HD, 7621/20335, 19.11.2019; Yargıtay 22 HD, 2016/18624, 2019/17235, 25.09.2019.



*halinde ödenecek tazminat miktarını da belirler. ... Mahkeme veya özel hakem, ikinci fıkrada düzenlenen tazminat[ı] ... dava tarihindeki ücreti esas alarak parasal olarak belirler. ... İşçi kesinleşen mahkeme veya özel hakem kararının tebliğinden itibaren on işgünü içinde işe başlamak için işverene başvuruda bulunmak zorundadır.”*

İlgili hükme göre işe başlatmama tazminatı en az dört aylık ücret tutarında olmalıdır. En fazla ise sekiz aylık ücret tutarında olabilecektir. Bu tazminat beş yıla kadar kıdemli işçiler için 4 ay; beş ila on beş yıl arası kıdeme sahip işçiler için beş ay; on beş yıl ve üzeri kıdeme sahip işçiler için ise altı ay<sup>66</sup> olarak öncelikle kararlaştırılmaktadır<sup>67</sup>. Bu miktarlar İşK m. 53'teki kıdem sürelerine göre tespit edilmektedir<sup>68</sup>. Sonrasında ise bu miktarlar fesih sebebine göre sekiz aya kadar çıkabilmektedir<sup>69</sup>. Yargıtay bir kararında altı yıldan fazla kıdeme sahip işçi lehine yedi aylık tazminata hükmetmiştir<sup>70</sup>. Doktrinde sadece İşK m. 53'teki nedenlere bağlı kalınmaması gerektiği; işçinin işe başlatılmama sebebi, yaşı, aile durumu, ücreti, yaptığı işin niteliği gibi sebeplerin de dikkate alınması gerektiği belirtilmektedir<sup>71</sup>. Davacının emekliliğe hak kazanmış olması halinde dört aylık süre üzerinden ücrete karar verilmesi gerektiğini ileri süren Yargıtay 22. Hukuk Dairesi kararı<sup>72</sup> bulunmakla birlikte; 9. Hukuk Dairesinin aksi yönde kararı<sup>73</sup> da bulunmaktadır.

<sup>66</sup> Yargıtay 22 HD, 34511/15027, 20.06.2017.

<sup>67</sup> Yargıtay 7 HD, 2015/41372, 2016/3463, 17.02.2016; Yargıtay 22 HD, 6099/9001, 21.03.2016. Aynı yönde bkz Ocak, *1. Kitap* (n 32) 1079; Cuma Arif Demir, *İş Güvencesi ve İşe İade Davaları İş Hukukunda Zorunlu Arabuluculuk* (1st edn, Seçkin 2018) 326. 10 yıllık kıdeme sahip kişi için beş ay şeklinde karar verilmesi gerektiğine dair bkz Yargıtay 9 HD, 7907/17696, 04.06.2007.

<sup>68</sup> Yargıtay 22 HD, 8509/23526, 17.12.2019; Yargıtay 9 HD, 4215/21933, 09.12.2019; Yargıtay 22 HD, 6099/9001, 21.03.2016.

<sup>69</sup> Yargıtay 7 HD, 2015/41372, 2016/3463, 17.02.2016; Yargıtay 22 HD, 6099/9001, 21.03.2016. Aynı yönde bkz Çelik, Caniklioğlu and Canbolat (n 5) 554; Ocak, *1. Kitap* (n 32) 1079; Demir (n 67) 326.

<sup>70</sup> Yargıtay 22 HD, 24821/23895, 24.10.2016.

<sup>71</sup> Çelik, Caniklioğlu and Canbolat (n 5) 554.

<sup>72</sup> Yargıtay 22 HD, 36898/17576, 13.09.2017.

<sup>73</sup> Yargıtay 9 HD, 15213/22816, 23.06.2015.

Bu tazminat için, İMK ile ve 01.01.2018'den sonra yürürlüğe giren değişiklik uyarınca, dava tarihindeki ücret esas alınır. Keza aynı değişikliğe göre tazminat miktarı sayıyla ifade edilecektir<sup>74</sup>. Bu düzenleme maddi hukuka dair olduğundan, 01.01.2018'den sonra açılacak işe iade davalarında uygulama alanı bulacaktır<sup>75</sup>.

Yukarıda belirtilen değişiklikten önce ise esas alınan ücretin işe başlatmama tarihindeki ücret olduğu kabul edilmekteydi<sup>76</sup>. Bu durumda öncelikle işe alınmama tarihi itibarıyla emsal ücret araştırması yapılacaktır<sup>77</sup>. İşçi ile aynı işi yapan bir başka işçinin başlatmama tarihindeki ücreti dikkate alınacak ve ilgili meslek kuruluşları vasıtasıyla ücret araştırması yapılacaktır<sup>78</sup>. Bu şekilde emsal ücretin bulunmaması halinde, geçersiz fesih tarihindeki son çıplak brüt ücret, fesih tarihi ile işe iade alınmama tarihi süresince asgari ücrette meydana gelen artış oranına göre güncellenecektir<sup>79</sup>. Yine eski dönemdeki Yargıtay kararlarına göre işe başlatmama tazminatı sayıyla değil, ay cinsinden (kaç ay üzerinden verildiği) belirtilmeliydi<sup>80</sup>.

Esas alınan ücretin çıplak brüt ücret olduğu belirtilmektedir<sup>81</sup>. Keza elde edilen toplam sayı üzerinden sadece damga vergisinin kesileceği<sup>82</sup>; gelir vergisi, işsizlik sigortası ve SGK priminin kesilmeyeceği

<sup>74</sup> Çelik, Caniklioğlu and Canbolat (n 5) 551 - 552; Başbuğ and Bodur (n 2) 217; Sümer (n 2) 109; Şakar (n 8) 202. Bu düzenlemeyle artık işçinin ikinci bir dava açmak zorunda olmayacağına dair bkz Çelik, Caniklioğlu and Canbolat (n 5) 552.

<sup>75</sup> Çelik, Caniklioğlu and Canbolat (n 5) 553.

<sup>76</sup> Yargıtay 22 HD, 2013/7193, 2014/6446, 18.03.2014; Yargıtay 22 HD, 35644/13630, 06.07.2017; Yargıtay 7 HD, 2015/6294, 2016/6930, 23.03.2016.

<sup>77</sup> Yargıtay 9 HD, 2015/23588, 2018/20304, 12.11.2018.

<sup>78</sup> Yargıtay 22 HD, 2017/3359, 2018/2818, 12.02.2018; Yargıtay 22 HD, 2017/3358, 2018/2817, 12.02.2018.

<sup>79</sup> Yargıtay 9 HD, 2015/23588, 2018/20304, 12.11.2018.

<sup>80</sup> Yargıtay 9 HD, 19348/19644, 20.11.2003; Yargıtay 9 HD, 5523/19994, 29.07.2004.

<sup>81</sup> Yargıtay 9 HD, 2015/3417, 2016/13804, 09.06.2016; Yargıtay 9 HD, 2014/35014, 2016/7562, 28.03.2016; Yargıtay 7 HD, 2015/6294, 2016/6930, 23.03.2016. Aynı yönde bkz Süzek (n 2) 659; Çelik, Caniklioğlu and Canbolat (n 5) 551; Mollamahmutoğlu, Astarlı and Baysal (n 2) 299; Eyrenci, Taşkent and Ulucan (n 2) 221; Demir (n 67) 325; Kurt and Koç (n 64) 478. Burada esas alınan ücretin "net-asıl-çıplak ücret" olduğu yönünde bkz Narmanlıoğlu (n 2) 531.

<sup>82</sup> Yargıtay 9 HD, 2016/6340, 2018/15030, 10.07.2018.

ifade edilmektedir<sup>83</sup>. Gerçekten de GVK madde 25/1'de işe başlatma tazminatının gelir vergisinden muaf olduğu açıkça belirtilmiştir.

İşe başlatmama tazminatına uygulanacak faiz türüne dair özel bir düzenleme yoktur. Bu nedenle TBK'deki genel hükümler çerçevesinde yasal faiz oranı uygulama alanı bulacaktır. Keza faiz başlangıç tarihi için de ayrı bir düzenleme getirilmemiştir. Böylece, TBK madde 117 uyarınca işverenin temerrüde düştüğü tarih itibariyle faiz işlemeye başlayacaktır<sup>84</sup>. İşverenin işe iade talebine karşı sessiz kalması durumunda, iş sözleşmesi bir aylık sürenin dolmasıyla sona ermiş sayılmaktadır<sup>85</sup>. İşe iade kararından sonra iade için başvurulmuşsa ve fakat işçi iade alınmamışsa faiz, başlatmama tarihinden itibaren işleyecektir<sup>86</sup>. İşe başlatmama tazminatı için zamanaşımına dair herhangi bir özel düzenleme yoktur. Keza bu alacak niteliği bakımından bir ücret değil, bir tazminattır. Bu nedenle TBK madde 146'daki genel zamanaşımı süresi (on yıllık süre) söz konusu olacaktır. Bu süre TBK madde 149 uyarınca muacceliyet tarihinden itibaren işlemeye başlayacaktır. Bu ise işçinin işe iade başvurusuna rağmen işe başlatılmadığı tarih olarak kabul edilmektedir<sup>87</sup>.

---

<sup>83</sup> Çelik, Caniklioğlu and Canbolat (n 5) 556; Ocak, 1. *Kitap* (n 32) 1079; Uysal İbat (n 5) 100; Ekin and Topçu (n 42) 135. Aynı yönde bkz Yargıtay 9 HD, 10870/8844, 11.04.2016.

<sup>84</sup> Yargıtay 22 HD, 35644/13630, 06.07.2017; Yargıtay 22 HD, 8557/15052, 18.06.2018.

<sup>85</sup> Yargıtay 22 HD, 2013/2424, 2014/5180, 07.03.2014; Yargıtay 22 HD, 2013/7193, 2014/6446, 18.03.2014.

<sup>86</sup> Yargıtay 22 HD, 35644/13630, 06.07.2017; Yargıtay 9 HD, 10870/8844, 11.04.2016; Yargıtay 22 HD, 8557/15052, 18.06.2018; Yargıtay 7 HD, 2014/21722, 2015/22701, 18.11.2015. Aynı yönde bkz Narmanlıoğlu (n 2) 533; Süzek (n 2) 660; Demir (n 67) 327; Uysal İbat (n 5) 97; Korkmaz and Alp (n 2) 220.

<sup>87</sup> Yargıtay 9 HD, 10870/8844, 11.04.2016; Yargıtay 7 HD, 2014/21722, 2015/22701, 18.11.2015.

## II. İŞÇİNİN ÜCRET KALEMLERİNİN HESAPLANMASI

### A. Boşta Geçen Süre Ücretinin Hesaplanması

İş güvencesine dair hükümlere uyulmaması halinde işe başlatmama tazminatına ek olarak boşta geçen süre ücretine de hükmedilecektir. Boşta geçen süre ücretine dair temel düzenleme İşK madde 21 hükmüdür: *“İşverence geçerli sebep gösterilmediği veya gösterilen sebebin geçerli olmadığı mahkemece veya özel hakem tarafından tespit edilerek feshin geçersizliğine karar verildiğinde, işveren, işçiyi bir ay içinde işe başlatmak zorundadır. ... Kararın kesinleşmesine kadar çalıştırılmadığı süre için işçiye en çok dört aya kadar doğmuş bulunan ücret ve diğer hakları ödenir. (Ek fıkra: 12/10/2017-7036/12 md.) Mahkeme veya özel hakem, ... üçüncü fıkrada düzenlenen ücret ve diğer hakları, dava tarihindeki ücreti esas alarak parasal olarak belirler. İşçi işe başlatılırsa, peşin olarak ödenen bildirim süresine ait ücret ile kıdem tazminatı, yukarıdaki fıkra hükümlerine göre yapılacak ödemedan mahsup edilir. İşçi kesinleşen mahkeme veya özel hakem kararının tebliğinden itibaren on işgünü içinde işe başlamak için işverene başvuruda bulunmak zorundadır.”*

İlgili hüküm incelendiğinde, boşta geçen süre ücretinin en fazla dört aylık süre ile sınırlı olduğu görülecektir<sup>88</sup>. Buna göre, geçersiz fesih tarihi ile kararın kesinleşmesi arasında dört aydan kısa bir süre varsa sadece bu kadarlık süre için bir ücrete karar verilecektir<sup>89</sup>. Fesih

<sup>88</sup> Süzek'e göre boşta geçen süre ücretinin dört ayla sınırlandırılmaması ve tüm süreye dair olması daha uygun olurdu. Bkz Süzek (n 2) 660-661. Benzer şekilde Narter'e göre, her ne kadar İşK madde 20/3'te bu tür yargılamaların ivedi şekilde görüleceği belirtilmişse de uygulamada davaların genellikle hızlı şekilde çözülmemesi ve buna rağmen boşta geçen süre ücretinin dört ayla sınırlandırılması işçi aleyhine bir durum ortaya çıkarmaktadır. Gerçekten de davalar ne kadar uzun sürerse sürsün işveren davayı kaybettiğinde bile sadece dört aylık üst sınırla sorumlu olmasına rağmen; davanın dört aydan uzun sürmesi işçi için çok daha ağır külfetler ortaya çıkarmaktadır. Dört aylık ödeme işçinin bu külfetleri karşısında düşük kalmaktadır. Bu yüzden dört aylık üst sınıra dair yeni bir düzenlemenin gerekli olduğu yazar tarafından belirtilmektedir. Bkz Narter (n 2) 546 – 547. Benzer yönde bkz Demir (n 67) 329.

<sup>89</sup> Yargıtay 22 HD, 12398/8363, 26.12.2011 (Ocak, 1. Kitap (n 32) 1166'dan naklen).

tarihi ile kararın kesinleşmesi arasında dört aydan uzun bir süre varsa bu durumda dört aylık süre için ücrete karar verilecektir.

Belirtilmelidir ki burada esas alınan ücret giydirilmiş<sup>90</sup> brüt ücrettir ve fiili çalışma sayesinde elde edilebilecek ilave haklar dikkate alınmaksızın<sup>91</sup> hesaplanır<sup>92</sup>. Buna göre, fazla çalışma ücreti, hafta tatillerinde çalışma ücreti, resmi ve dini tatillerde çalışma ücreti ve satışa bağlı prim gibi ücretler ancak fiili çalışma ile elde edilebileceğinden bunlar gösterge ücretin kapsamına dâhil edilmez<sup>93</sup>.

Keza işe başlatmama tazminatında olduğu gibi, 01.01.2018 tarihi sonrasındaki işe iade talepleri için boşta geçen süre ücreti dava tarihindeki ücret üzerinden belirlenir. Arabuluculuk sonucunda anlaşılmissa arabulucuya başvuru tarihindeki ücret esas alınır<sup>94</sup>. 01.01.2018 tarihinden önceki işe iade taleplerinde ise boşta geçen süredeki her bir dönem için esas alınacak ücret, ilgili döneme göre ayrı ayrı tespit edilecektir<sup>95</sup>. Başka bir deyişle, 01.01.2018 tarihinden önceki işe iade taleplerinde, boşta geçen süre ücreti başlatmama tarihindeki ücrete göre değil; ilgili süre boyunca söz konusu olan ücrete ve ücret değişikliklerine göre tespit edilecektir<sup>96</sup>.

01.01.2018 tarihi sonrasında toplam ücretin süre üzerinden (ay cinsinden) değil, sayısal olarak belirtilmesi gerekmektedir. 01.01.2018'den önceki Yargıtay kararlarında ise toplam ücretin süre

---

<sup>90</sup> Yargıtay 9 HD, 1376/7066, 21.03.2006 (Ocak, 1. Kitap (n 32) 1158'den naklen). Yargıtay 9 HD, 2016/15276, 2020/4809, 03.06.2020. Aynı yönde bkz Süzek (n 2) 661; Çelik, Caniklioğlu and Canbolat (n 5) 558; Mollamahmutoğlu, Astarlı and Baysal (n 2) 302; Karademir and Ekinci (n 5) 314.

<sup>91</sup> Yargıtay 9 HD, 2015/12211, 2017/14442, 28.09.2017 (Ocak, 1. Kitap (n 32) 1158'den naklen).

<sup>92</sup> Yargıtay 9 HD, 2015/24463, 2017/10966, 20.06.2017 (Ocak, 1. Kitap (n 32) 1158'den naklen); Yargıtay 22 HD, 4859/7461, 05.04.2013; Yargıtay 9 HD, 10870/8844, 11.04.2016.

<sup>93</sup> Yargıtay 22 HD, 4859/7461, 05.04.2013; Yargıtay 7 HD, 2014/21722, 2015/22701, 18.11.2015.

<sup>94</sup> Ocak, 1. Kitap (n 32) 1078.

<sup>95</sup> Yargıtay 22 HD, 4859/7461, 05.04.2013; Yargıtay 9 HD, 10870/8844, 11.04.2016; Yargıtay 7 HD, 2014/21722, 2015/22701, 18.11.2015.

<sup>96</sup> Yargıtay 22 HD, 2012/29217, 2013/26625, 26.11.2013 (Ocak, 1. Kitap (n 32) 1157'den naklen); Yargıtay 22 HD, 4859/7461, 05.04.2013.

üzerinden (kaç ay üzerinden verildiği) belirlenmesi gerektiği ifade edilmekteydi<sup>97</sup>.

Gösterge ücretin maksimum dört ay ile çarpılmasından elde edilen toplam ücretten işsizlik sigortası ve SGK primi kesilir<sup>98</sup>. Bunlar kesildikten sonra bakiye kalan kısım üzerinden GVK madde 61 uyarınca kademeli gelir vergisi hesaplanır ve bu da ayrıca bakiye miktardan indirilir<sup>99</sup>. İlk toplam sayı (henüz herhangi kesinti yapılmamışken) üzerinden hesaplanan damga vergisi son olarak bu ikinci bakiye miktardan düşülür<sup>100</sup>.

İşçi feshin geçersizliği sonrası işverene başvurabilir ve bu başvurusu işverence kabul edilebilir. Böyle bir durumda işçi işe devam edecektir. İŞK madde 21/5'te de belirtildiği üzere böyle bir halde, daha önce fesih sebebiyle işçiye kıdem ve ihbar tazminatı ödenmişse bu tazminatlar boşa geçen süre ücretinden mahsup edilir. Fakat işçinin boşa geçen süre içerisinde başka bir yerde çalışmak suretiyle elde ettiği gelirler boşa geçen süre ücretinden mahsup edilmez<sup>101</sup>. Zira kanun, işverene bu sebeplerle kesinti yapma hakkı tanımamıştır<sup>102</sup>. 4447 sayılı İşsizlik Sigortası Kanunu ("*İSK*") madde 50/3 uyarınca, işe

---

<sup>97</sup> Yargıtay 9 HD, 5523/19994, 29.07.2004. Aynı yönde bkz Çelik, Caniklioğlu and Canbolat (n 5) 557.

<sup>98</sup> Çelik, Caniklioğlu and Canbolat (n 5) 559; Süzek (n 2) 662; Demir (n 67) 332; Uysal İbat (n 5) 104. Boşa geçen süre ücretinde iş sözleşmesinin feshedilmiş olduğu ve dolayısıyla da işçinin herhangi bir işverene bağlı çalışmadığı ve bu yüzden bunun GVK madde 61'deki ücret tanımına uymadığı; bilakis bunun aslında bir ücretten ziyade tazminat niteliğinde olduğu ve prim ve kesintilerden muaf tutulması gerektiği yönünde bkz Narter (n 2) 541.

<sup>99</sup> Boşa geçen süre ücretinde iş sözleşmesinin feshedilmiş olduğu ve dolayısıyla da işçinin herhangi bir işverene bağlı çalışmadığı ve bu yüzden bunun GVK madde 61'deki ücret tanımına uymadığı; bilakis bunun aslında bir ücretten ziyade tazminat niteliğinde olduğu ve vergiden muaf tutulması gerektiği yönünde bkz Narter (n 2) 532.

<sup>100</sup> Boşa geçen süre ücretinden işsizlik sigortası, SGK primi, damga vergisi ve kademeli gelir vergisinin kesileceğine dair bkz Yargıtay 9 HD, 2016/1382, 2019/11159, 15.05.2019.

<sup>101</sup> Çelik, Caniklioğlu and Canbolat (n 5) 558; Mollamahmutoğlu, Astarlı and Baysal (n 2) 302; Süzek (n 2) 663; Narter (n 2) 550; Demir (n 67) 330; Uysal İbat (n 5) 107; Korkmaz and Alp (n 2) 222; Kurt and Koç (n 64) 477. Aynı görüşte bkz Yargıtay 9 HD, 2006/27673, 2007/117, 22.1.2007. Aksi yöndeki karar için bkz Yargıtay 7. HD, 1937/10151, 30.05.2013.

<sup>102</sup> Süzek (n 2) 663; Narter (n 2) 551; Demir (n 67) 330; Uysal İbat (n 5) 107.

iade davası sebebiyle yatırılan primlerin son günü esas alınarak işsiz dönem tespit edilir ve ancak bu dönem için işsizlik ödeneği ödenir. Bu nedenle, işçinin aynı dönem için hem boşta geçen süre ücretini hem de işsizlik ödeneğini alabilmesi mümkün olmamaktadır<sup>103</sup>.

Boşta geçen süre ücreti bir “*ücret*” teşkil ettiği için, İşK madde 34 uyarınca mevduata uygulanan en yüksek faize tabi olacaktır. Mevduata uygulanan en yüksek faizin tespiti hakkında, kıdem tazminatı kısmında yapılan açıklamalar burada da geçerli olacaktır. Faiz başlangıç tarihi ise işverenin temerrüde düşürüldüğü tarih olacaktır. İşe başvuru dilekçesinde bu hakların ödenmesi istenmişse temerrüt tarihi, işçinin kesinleşme sonrası on iş günü içinde yaptığı başvurunun işverene tebliğ edildiği tarih olacaktır<sup>104</sup>. Keza boşta geçen süre ücreti bir “*ücret*” teşkil ettiği için, İşK madde 32 uyarınca beş yıllık zamanaşımına tabi olacaktır<sup>105</sup>. Bu zamanaşımı süresi TBK madde 149 uyarınca muacceliyet tarihinden itibaren başlayacaktır. Muacceliyet tarihi işçinin işe iade için başvurduğu tarih olarak kabul edilmektedir<sup>106</sup>.

## B. Fazla Çalışma Ücretinin Hesaplanması

Fazla çalışma ücreti<sup>107</sup> hesaplanırken, öncelikle, haftalık fazla çalışma saati sayısı tespit edilir. Bu ise İşK madde 41 ve madde 63 uya-

<sup>103</sup> Süzek (n 2) 662; Çelik, Caniklioğlu and Canbolat (n 5) 559; Uysal İbat (n 5) 106.

<sup>104</sup> Yargıtay 9 HD, 19247/24297, 05.11.2012; Yargıtay 9 HD, 33989/33792, 25.12.2006 (Ocak, 1. Kitap (n 32) 1184’ten naklen). Aynı yönde bkz Mollamahmutoğlu, Astarlı and Baysal (n 2) 302; Ocak, 1. Kitap (n 32) 1079; Demir (n 67) 334; Kurt and Koç (n 64) 485.

<sup>105</sup> Narter ise bunun bir ücretten ziyade tazminat olduğunu, geçersiz feshin de haksız fiil niteliği taşıdığını ve bu yüzden TBK madde 72 uyarınca iki yıllık ve on yıllık haksız fiil zamanaşımı sürelerinin uygulanması gerektiğini belirtmektedir. Bkz Narter (n 2) 552.

<sup>106</sup> Yargıtay 22 HD, 4859/7461, 05.04.2013; Yargıtay 9 HD, 10870/8844, 11.04.2016; Yargıtay 7 HD, 2014/21722, 2015/22701, 18.11.2015. Aynı yönde bkz Çelik, Caniklioğlu and Canbolat (n 5) 562; Mollamahmutoğlu, Astarlı and Baysal (n 2) 302; Karademir and Ekinci (n 5) 315.

<sup>107</sup> Bu başlık altında fazla çalışma ücreti hesaplanmış; fazla sürelerle çalışma ücreti hesaplanmamıştır. Fazla sürelerle çalışma olması halinde, İşK madde 41/3 uyarınca, 45 saate kadar zamlı saatlik ücret 1,25 ile çarpılacaktır. 45 saati aşan kısım ise zaten fazla çalışma ücreti olduğundan başlık altında bahsedilen şekilde hesaplanacaktır.

rınca haftalık kırk beş saati aşan kısmı ifade eder<sup>108</sup>. Fakat belirtmek gerekir ki, haftalık kırk beş saati aşmamış olsa bile, günlük on bir saati aşan süreler, İşK madde 63/2 uyarınca fazla çalışma ücretine hak kazandırır<sup>109</sup>. Yargıtay da aynı görüştedir<sup>110</sup>. Ayrıca belirtmek gerekir ki İş Kanununa İlişkin Fazla Çalışma ve Fazla Sürelerle Çalışma Yönetmeliği (“FÇY”) m. 5 uyarınca yarım saatten az olan süreler yarım saat; yarım saat ile tam saat arasındaki süreler ise tam saat olarak kabul edilecektir.

Çalışma sürelerini dikkate alırken, İşK madde 66’daki düzenlemeyi de dikkate almak gerekir. Bu düzenleme uyarınca, diğer hallerin yanında, *“işçinin işinde ve her an iş görmeye hazır bir halde bulunmakla beraber çalıştırılmaksızın ve çıkacak işi bekleyerek boş geçirdiği süreler”* ile *“işçinin işveren tarafından başka bir yere gönderilmesi veya işveren evinde veya bürosunda yahut işverenle ilgili herhangi bir yerde meşgul edilmesi suretiyle asıl işini yapmaksızın geçirdiği süreler”* de çalışma süresinden sayılır. Fakat, aynı maddede belirtildiği üzere, işin niteliğinden doğmayıp da işveren tarafından sırf sosyal yardım amacıyla işyerine getirilip götürülme esnasında araçlarda geçen süre çalışma süresinden sayılmaz. Keza İşK madde 68 uyarınca ara dinlenmeleri çalışma süresinden sayılmadığı için, bu süreler fazla çalışma

---

<sup>108</sup> İşK madde 63 uyarınca yeraltı maden işlerinde çalışan işçilerin çalışma süresi, günde en çok yedi buçuk; haftada en çok otuz yedi buçuk saattir. Makaledeki anlatımlarda yeraltı maden işlerinde çalışan işçilerin çalışma süresi dikkate alınmamıştır. Yine İşK madde 69/3 uyarınca gece çalışan işçilerin de çalışma süreleri günlük yedi buçuk saati geçmemelidir. 07.04.2004 tarihli Resmi Gazetede yayımlanan Postalar Halinde İşçi Çalıştırılarak Yürütülen İşlerde Çalışmalara İlişkin Özel Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik’in madde 7/son hükmüne göre yarısından fazlası gece (İşK madde 69/1 uyarınca saat 20.00 – 06.00 arası) yapılan çalışmalar gece çalışması olarak kabul edilmektedir. Makalede gece çalışmalarını da kapsam dışında bırakılmıştır.

<sup>109</sup> Süzek (n 2) 825; Narmanlıoğlu (n 2) 660; Şahin Çil, ‘Fazla Çalışma Ücretinin Temel Çalışma Ücreti İçinde Ödenmesi Uygulaması’ (2016) 74 İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası (Prof. Dr. Fevzi Şahlanan’a Armağan Sayısı) 269, 271; Mülayim and Kayık Aydınalp (n 15) 412, 421; Ali Ekin, ‘İş Hukuku Uygulamasında Fazla Çalışma ve Fazla Sürelerle Çalışmanın Hukuki Sonuçları’ (2016) 74 İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası (Prof. Dr. Fevzi Şahlanan’a Armağan Sayısı) 337, 341.

<sup>110</sup> Yargıtay HGK, 2015/3393, 2017/767, 19.04.2017; Yargıtay 7 HD, 11838/12597, 03.07.2013; Yargıtay 7 HD, 9338/20048, 03.11.2014.



ücretinin hesaplanmasında dikkate alınmaz. İlgili hükme göre, dört saat veya daha kısa süreli çalışmalarda en az on beş dakika; dört saatten fazla ve yedi buçuk saate kadar (yedi buçuk saat dâhil) süreli işlerde en az yarım saat; yedi buçuk saatten fazla süreli işlerde en az bir saat ara verilir.

Yargıtay içtihatlarına göre, 11 saati aşan (11 saat hariç<sup>111</sup>) çalışma sürelerinde ise en az bir buçuk saatlik ara verilmiş olduğu kabul edilmektedir<sup>112</sup>. Yargıtay 14 saat ve üzerindeki çalışmalarda iki saatlik ara dinlenmesinin olduğunu belirtmektedir<sup>113</sup>. Yine Yargıtay, işçinin yirmi dört saat çalışıp sonraki gün dinlendiği hallerde yirmi dört saatlik kesintisiz çalışmanın mümkün olmadığını ve bu sebeple on saatlik ara dinlenmesinin (esas alınması gereken sürenin on dört saatle sınırlı olması) kabul edilmesi gerektiğini ifade etmektedir<sup>114</sup>.

<sup>111</sup> Gerçekten de 11 saatlik çalışma için Yargıtay bir saatlik aranın olduğunu varsaymaktadır. Bkz Yargıtay 9 HD, 2017/18516, 2020/15815, 11.11.2020; 2017/18693, 2020/15785, 11.11.2020.

<sup>112</sup> Yargıtay 9 HD 2014/26844, 2016/792, 14.01.2016; Yargıtay 9 HD, 298/2811, 29.01.2015; Yargıtay 22 HD, 2016/1288, 2018/25607, 27.11.2018; Yargıtay 22 HD, 7225/14177, 04.06.2018.

<sup>113</sup> 16 saatlik bir çalışma için iki saatlik ara dinlenmesinin olması gerektiğine dair bkz Yargıtay 9 HD, 2016/30937, 2020/14188, 02.11.2020; 2017/12079, 2019/17432, 07.10.2019; Yargıtay 22 HD, 19286/13799, 12.06.2017. Bir başka kararda ise 16 saatlik çalışma için 3 saatlik ara dinlenmesine; 14 saatlik çalışma içinse 2 saatlik ara dinlenmesine karar verilmiştir. Bkz Yargıtay 22 HD, 2017/26773, 2020/396, 15.01.2020. 14 saatlik çalışma için 2 saatlik ara dinlenmesinin kabul edildiği kararlar için bkz Yargıtay 9 HD, 7913/22875, 19.12.2019; 2017/12454, 2019/19950, 14.11.2019. Yine 15 saatlik çalışma için 2 saatlik ara dinlenmesine dair karar için bkz Yargıtay 22 HD, 2017/26923, 2019/23374, 16.12.2019. 13.5 saatlik çalışma için 1.5 saatlik ara dinlenmesinin olması gerektiğine karar verilmiştir. Bkz Yargıtay 22 HD, 2016/18218, 2019/17514, 26.09.2019. 17 saatlik çalışma için 2 saatlik ara dinlenmesine dair kararlar için bkz Yargıtay 9 HD, 16318/36546, 02.12.2014; Yargıtay 22 HD, 7085/3833, 27.02.2017. Bir kararda ise 17 saatlik çalışma için bile bir günde fiilen 14 saatlik çalışma aşılacağı için çalışma süresinin 14 saat olarak esas alınması gerektiği belirtilmiştir. Bkz Yargıtay 7 HD, 2014/12658, 2015/567, 26.01.2015.

<sup>114</sup> Yargıtay 7 HD, 11838/12597, 03.07.2013; Yargıtay 7 HD, 9338/20048, 03.11.2014. Bir gün tam çalışıp bir gün tam dinlenen işçiler için fazla çalışma ücreti hesaplanırken üç gün çalışılan haftada 9 saat, dört gün çalışılan sonraki haftada ise 12 saat fazla çalışmanın esas alınması gerektiği belirtilmektedir. Bkz Yargıtay 9 HD, 2015/15363, 2017/17435, 06.11.2017. Gerçekten de tam gün çalışma kabul edilmediği için ve bunun yerine maksimum 14 saatlik çalışma kabul edildiği için, her çalışılan gün için 3 saatlik fazla çalışma söz konusu olacaktır. Zira günlük

Taraflarca fazla çalışma ücretinin aylık ücrete dâhil olduğu sözleşmede kararlaştırılabilir. FÇY m. 9 uyarınca işçi otuz gün önceden yazılı şekilde bildirmek suretiyle bu onayı geri alabilir. Böyle bir kayıt veya onay, aksi açıkça sözleşmeden veya onay metninden anlaşılmadığı müddetçe, İşK madde 41/8 uyarınca, sadece sözleşmenin yürürlükte kaldığı süre boyunca (her sene başında ayrıca onay alınmasına gerek kalmamıştır<sup>115</sup>) ve en fazla yıllık 270 saatlik fazla çalışma ücreti için geçerlidir<sup>116</sup>. Bu miktarı aşan fazla çalışma ücretini işçi böyle bir

---

maksimum çalışma süresi (11 saat) aşılmış olmaktadır. Bkz Mülayim and Kayık Aydınalp (n 15) 420. Bu tür bir çalışma sisteminde fazla çalışmanın gece azami çalışma süresi olan 7.5 saate göre değil, gündüz azami çalışma süresi olan 11 saate göre tespit edileceğine dair bkz Yargıtay 9 HD, 2010/46229, 2013/5090, 11.02.2013. Fakat yakın tarihte Yargıtay bu görüşünün tam aksine bir karara imza atmıştır. İlgili kararda Yargıtay, 24 saatlik çalışmada, 14 saatin fiili çalışma süresi olarak tespit edilmesinden sonra, gece çalışma süresi olan 7,5 saati aşan sürenin (6,5 saat) fazla çalışma olarak kabul edilmesi gerektiğini belirtmiştir. Bkz Yargıtay 22 HD, 2017/25489, 2019/21284, 14.11.2019. Böyle bir durumda işin geceye mi yoksa gündüze mi yoğunlaştığının tespit edilerek ona göre bir hesaplama yapılması gerektiği yönünde bkz Mülayim and Kayık Aydınalp (n 15) 422. Bu görüşe benzer şekilde 14 saatlik fiili çalışmanın gece mi yoksa gündüz mü yapıldığının tespit edilmesi gerektiğine dair bkz Yargıtay HGK, 2016/824, 2020/355, 09.06.2020. Yargıtay bir kararında ise 24 saatlik çalışma iddiası halinde fiilen ancak 14 saatlik çalışılabileceğini belirtmiş; kararın devamında ise bu 14 saatlik çalışmadan da iki saatlik ara dinlenmesini düşmüştür. Bundan sonra ise gece çalışmasına göre fazla çalışmayı 4,5 saat bulmuştur. Bkz Yargıtay HGK, 2017/22-2043, 2019/1303, 05.12.2019. Fakat işçi uyku ihtiyacını gidermeyecek şekilde çalışmaktaysa çalışmasının 20 saat olarak kabul edilmesini gerektiği de ayrıca Yargıtay tarafından kabul edilmiştir. Buna dair bkz Yargıtay HGK, 2014/2468, 2017/229, 08.02.2017; 2016/824, 2020/355, 09.06.2020; Yargıtay 9 HD, 2015/21610, 2018/17109, 02.10.2018.

<sup>115</sup> 25.08.2017 tarihli ve 30165 nolu Resmi Gazete ile getirilen değişiklik ile İş Kanununa İlişkin Fazla Çalışma ve Fazla Sürelerle Çalışma Yönetmeliği'nin 9. maddesinde belirtilen her yıl onay alma zorunluluğu ortadan kaldırılmıştır.

<sup>116</sup> Sözleşmedeki fazla çalışma onayının sadece ilk sene için geçerli olacağına, sonraki seneler için her sene için ayrıca onayın alınması gerektiğine dair eski dönem karar için bkz Yargıtay 9 HD, 10028/13006, 08.05.2006. Fazla çalışma ücretinin aylık ücrete dâhil olduğu yönündeki kayıt halinde işçinin sadece ilk sene için rıza vermiş sayılacağı yönünde eski dönem karar için bkz Yargıtay 9 HD, 2015/3981, 2016/15168, 23.06.2016. Böyle bir kayıt halinde işçinin en fazla yıllık 270 saate rıza göstermiş sayılacağına dair bkz Yargıtay 9 HD, 2015/34603, 2016/2805, 16.02.2016; Yargıtay 9 HD, 2015/32433, 2019/860, 14.01.2019; Yargıtay 9 HD, 2016/10817, 2019/22126, 11.12.2019. Aynı yönde bkz Süzek (n 2) 832; Bektaş Kar, *İş Yargılaması Usulü* (Yetkin 2018) 845; Mülayim and Kayık Aydınalp (n 15) 437; Ekin (n 109) 354. Böyle bir halde, sözleşmede belirtilen ücretin kapsamına fazla çalışma ücreti de dâhil edilmiş olduğundan çıplak ücretin daha az olacağı ve

kayda rağmen isteyebilecektir<sup>117</sup>. Fakat belirtmek gerekir ki, günlük azami çalışma süresini (gündüz çalışmalarında 11 saat) aşan çalışmalar, böyle bir kayda rağmen ve 270 saat dolmamış olsa bile ayrıca ücretlendirilmeli ve işçiye ödenmelidir<sup>118</sup>. Keza böyle bir kayıt, aylık ücretin asgari ücret olarak kararlaştırıldığı hallerde geçerli olmaz<sup>119</sup>. Aynı şekilde ücretin fazla çalışmayı karşılamayacak şekilde düşük kaldığı hallerde de bu kayıt geçersiz olacaktır<sup>120</sup>.

Yukarıda belirtildiği gibi haftalık fazla çalışma süresi hesaplandıktan sonra, ilgili ücret dönemi içerisinde çalışılan toplam hafta sayısı bulunur<sup>121</sup>. Bu hafta sayısı, ilgili ücret dönemindeki hafta sayısından ücretli izin ve ulusal bayram ve genel tatiller gibi çalışılmamış sürelerin çıkartılmasıyla bulunur<sup>122</sup>.

Ulusal bayram ve genel tatillere denk gelen günlerde çalışılmışsa bile, bu günler için zaten ulusal bayram ve genel tatil alacağına hük-

---

bu durumda da kıdem ve ihbar tazminatlarının (çıplak ücretin daha düşük olması sebebiyle) da daha düşük olacağı yönünde ve keza (eski dönemde) bu tür bir kaydın geçersiz olacağına dair bkz Çil (n 109) 273 - 274. Bir kısım yazarlara göre bu halde yıllık 270 saat ücret kapsamında olacaktır. Fakat bu yıllık 270 saati aya bölmek suretiyle öncelikle 22.5 saat elde edilecektir. Bu sürelerin zamlı olması da dikkate alındığında bu ilave süre 33.75 saat olarak esas alınmalı ve böylece aylık gösterge saat olan 225 saate eklenmelidir. Bunun sonucunda bu tür durumlar için saatlik ücret tespit edilirken, aylık ücret 258,75'e bölünmelidir. Bu görüş için bkz Mülayim and Kayık Aydınalp (n 15) 438. Bu tür bir kayıt halinde Yargıtay ise 270 saati 12 aya bölmek suretiyle aylık çalışma saati süresine 22,5 saat eklemektedir. Bkz Yargıtay 9 HD, 2011/13641, 2013/17034, 04.06.2013.

<sup>117</sup> Süzek (n 2) 832; Narmanlıoğlu (n 2) 664; Şakar (n 8) 130; Çelik, Caniklioğlu and Canbolat (n 5) 707; Çil (n 109) 271; Mülayim and Kayık Aydınalp (n 15) 437; Ekin (n 109) 354. Aynı yönde bkz Yargıtay 22 HD, 2016/23332, 2019/20730, 11.11.2019.

<sup>118</sup> Yargıtay 9 HD, 2016/19322, 2017/9164, 29.05.2017; Yargıtay 9 HD, 2016/19326, 2017/9168, 29.05.2017.

<sup>119</sup> Yargıtay 9 HD, 2015/27991, 2019/84, 07.01.2019. Aynı yönde bkz Süzek (n 2) 832; Şakar (n 8) 130; Çelik, Caniklioğlu and Canbolat (n 5) 708; Hatice Karacan Çetin, *4857 Sayılı İş Kanununa Göre Fazla Çalışma* (6th edn, Seçkin 2019) 158. Benzer yönde bkz Ekin (n 109) 354.

<sup>120</sup> Yargıtay 7 HD, 2015/29324, 2016/1862, 28.01.2016. Fazla çalışmanın zamlı ücretini karşılayacak şekilde bir ücret söz konusu değilse böyle bir kaydın geçersiz olacağına dair bkz Yargıtay 9 HD, 2016/30199, 2020/14569, 03.11.2020.

<sup>121</sup> Dursun (n 20) 52.

<sup>122</sup> Dursun (n 20) 52; Uğur Ocak, *Feshe Bağlı İşçilik Alacakları*, 2. Kitap (6th edn, Kalkan 2018) 375; Mülayim and Kayık Aydınalp (n 15) 426; Ekin (n 109) 352. Benzer şekilde bkz Narmanlıoğlu (n 2) 657.

medileceği için ayrıca fazla çalışma ücreti kararlaştırılmayacaktır<sup>123</sup>. Başka bir deyişle, bu günlerde yapılan ve günlük normal çalışma süresi (haftalık 45 saatin haftada çalışılan gün sayısına bölünmesiyle elde edilir) içerisinde kalan çalışma fazla çalışma süresinde dikkate alınmaz. Fakat bu günlerde günlük normal çalışma süresi aşılmış olabilir. Bu aşan kısım için aşkın süre ifadesi kullanılabilir. İşte bu aşkın süre diğer günlerdeki çalışma süreleriyle birlikte haftalık kırk beş saatlik süreyi aşmışsa fazla çalışma süresine dâhil edilir<sup>124</sup>. Bunun haricinde, bu aşkın süre ile diğer günlerdeki çalışma süreleri toplandığında haftalık kırk beş saatlik süre aşılmayabilir. Böyle bir halde bile, ulusal bayram ve genel tatilde yapılan çalışma 11 saati aşıyorsa 11 saati aşan kısım için fazla çalışma ücreti ödenecektir (İşK m. 63/2).

Hafta tatilinde ayrıca çalışılmışsa da burada çalışılan süre fazla çalışma süresi kapsamında dikkate alınmaz<sup>125</sup>. Zira bu günlerde çalışılan süre haftalık tatil ücretinde ayrıca hesaplanmaktadır<sup>126</sup>. Başka bir deyişle, bu günlerde yapılan ve günlük normal çalışma süresi (haftalık 45 saatin haftada çalışılan gün sayısına bölünmesiyle elde edilir) içerisinde kalan çalışma fazla çalışma süresinde dikkate alınmaz. Fakat hafta tatiline denk gelen günde günlük normal çalışma süresinden (haftalık 45 saatin haftada çalışılan gün sayısına bölünmesiyle elde edilir) daha uzun süre çalışılmış olabilir. Bu aşan kısım için aşkın süre ifadesi kullanılmıştı. İşte bu aşkın süre diğer günlerdeki çalışma süreleriyle birlikte haftalık kırk beş saatlik süreyi aşmışsa fazla çalışma süresine dâhil edilir<sup>127</sup>. Bunun haricinde, bu aşkın süre ile diğer günlerdeki çalışma süreleri toplandığında haftalık kırk beş saatlik süre

---

<sup>123</sup> Mülâyim and Kayık Aydınalp (n 15) 427.

<sup>124</sup> Ibid 427.

<sup>125</sup> Yargıtay 9 HD, 2014/28583, 2016/927, 18.01.2016; Yargıtay 22 HD, 2015/6669, 2016/13567, 05.05.2016; Yargıtay 9 HD, 672/1709, 25.01.2016. Yine de hafta tatili ücreti talep edilmemişse hafta tatilinde çalışılan saatler fazla çalışma süresi teşkil ediyorsa bu günlerde çalışılan fazla çalışma sürelerinin de fazla çalışma ücreti kapsamında hesaplanması gerektiğine dair bkz Mülâyim and Kayık Aydınalp (n 15) 426; Ekin (n 109) 352.

<sup>126</sup> Yargıtay 9 HD, 2014/28583, 2016/927, 18.01.2016; Yargıtay 9 HD, 672/1709, 25.01.2016.

<sup>127</sup> Yargıtay 9 HD, 2014/28583, 2016/927, 18.01.2016; Yargıtay 9 HD, 672/1709, 25.01.2016.

aşılmayabilir. Böyle bir halde bile, hafta tatilinde yapılan çalışma 11 saati aşıyorsa 11 saati aşan kısım için fazla çalışma ücreti ödenecektir (İşK m. 63/2).

Yukarıdaki kriterlere göre fazla çalışma süresi bulunduktan sonra, bir saatlik brüt fazla çalışma ücreti (zamlı ücret) tespit edilir<sup>128</sup>. Bu ise ilgili dönemde elde edilen aylık brüt ücretin 225 saate bölünmesi sonucu<sup>129</sup> elde edilen sayının 1.5 ile çarpılması sonucu elde edilir<sup>130</sup>. Aslında bir ayda çalışılan süre normalde 225 saat değildir. Fakat aylık maktu ücret, sadece çalışmalarını değil, çalışılmayan hafta tatillerini de kapsadığından, saatlik ücret tespit edilirken bu da dikkate alınmaktadır. Zira kişinin aylık çalışması olan 26 gün (haftada bir gün tatil olduğu varsayımında) normalde (26x7,5 saat) 195 saate denk gelmekte; geriye kalan hafta tatilleri de dört gün günlük 7,5 saat üzerinden (4x7,5 = 30 saat) hesaplanıp birbirine eklenmektedir<sup>131</sup>. 225 saatlik kriter bu şekilde tespit edilmektedir. Ücretin değişmesi halinde, her ücret dönemi için bir saatlik brüt fazla çalışma ücreti ayrı ayrı hesaplanır<sup>132</sup>. İşçi terfi almışsa veya toplu iş sözleşmesinden yararlanmışsa ve buna rağmen ilgili dönemdeki ücreti bilinmiyorsa ücret öncelikle meslek kuruluşlarına sorulur<sup>133</sup>. Buna göre ücret bulunamamışsa veya terfi veya toplu iş sözleşmesinden yararlanma durumları yoksa son

---

<sup>128</sup> Dursun (n 20) 52.

<sup>129</sup> Yargıtay 9 HD, 2014/30839, 2016/3851, 24.02.2016; Yargıtay 9 HD, 2015/7138, 2018/2031, 08.02.2018; Yargıtay 22 HD, 2016/8908, 2018/27858, 20.12.2018.

<sup>130</sup> Yargıtay 9 HD, 2014/30839, 2016/3851, 24.02.2016; Dursun (n 20) 52; Karademir and Ekinci (n 5) 80.

<sup>131</sup> Yargıtay 7 HD, 4246/11488, 28.05.2014; Yargıtay 9 HD, 2017/10702, 2019/11804, 22.05.2019; Yargıtay 7 HD, 2013/17251, 2014/4554, 25.02.2014; Yargıtay 7 HD, 2014/14366, 2015/19, 19.01.2015.

<sup>132</sup> Süzek (n 2) 832; Narmanlıoğlu (n 2) 666; Şakar (n 8) 129; Çelik, Caniklioğlu and Canbolat (n 5) 709; Mollamahmutoğlu, Astarlı and Baysal (n 2) 355; Dursun (n 20) 52; Karademir and Ekinci (n 5) 80; Ocak, 2. *Kitap* (n 122) 377; Mülâyim and Kayık Aydınalp (n 15) 431. Aynı yönde bkz Yargıtay 9 HD, 2014/30839, 2016/3851, 24.02.2016.

<sup>133</sup> Yargıtay 9 HD, 2011/2912, 2013/11048, 04.04.2013; 2016/21986, 2020/14904, 05.11.2020. Aynı yönde bkz Çelik, Caniklioğlu and Canbolat (n 5) 709; Karacan Çetin (n 119) 168; Mülâyim and Kayık Aydınalp (n 15) 431.

ücretin son dönemdeki asgari ücrete oranı tespit edilir<sup>134</sup>. Her dönem için ilgili dönemdeki asgari brüt ücret ile bu elde edilen oran çarpılarak ilgili dönemdeki aylık brüt ücret tespit edilir<sup>135</sup>. Keza burada giydirilmiş değil, çıplak brüt ücretin esas alındığına dikkat etmek gerekir<sup>136</sup>. Zira giydirilmiş ücret ancak kanunda açıkça öngörülen hallerde esas alınır<sup>137</sup>. Bir saatlik normal brüt ücretin 1.5 ile çarpılmasıyla da bir saatlik brüt fazla çalışma ücreti (zamlı ücret) tespit edilmiş olur. Gerçekten de İşK madde 41/2 uyarınca, her bir saat fazla çalışma için verilecek ücret normal çalışma ücretinin saat başına düşen miktarının yüzde elli yükseltilmesi suretiyle elde edilen ücrettir.

Mollamahmutoğlu fazla çalışma ücretinin hesaplanması için alternatif bir prosedür öngörmüştür<sup>138</sup>. Yazara göre, öncelikle aylık ücret 12 ile çarpılmak suretiyle yıllık ücret bulunmalıdır. Devamında ise yıllık ücret, 52'ye bölünmek suretiyle haftalık ücret bulunmalı ve bundan sonra ise haftalık ücret 7'ye bölünmek suretiyle günlük ücret tespit edilmelidir. Son olarak günlük ücret günlük çalışma süresine bölünmek suretiyle zamsız bir saatlik ücret tespit edilmelidir.

Yukarıdaki açıklamalar ışığında bir ücret döneminde dikkate alınacak hafta sayısı, ilgili ücret dönemindeki bir saatlik brüt fazla çalışma ücreti (zamlı ücret) ve ilgili ücret dönemindeki haftalık fazla çalışma süresi bulunacaktır. Sonrasında ise bu değerler birbiriyle çarpılır<sup>139</sup>. Bu işlem her ücret dönemi için ayrı ayrı yapılır<sup>140</sup>. Son olarak tüm

---

<sup>134</sup> Yargıtay 9 HD, 2011/2912, 2013/11048, 04.04.2013; 2016/21986, 2020/14904, 05.11.2020. Aynı yönde bkz Çelik, Caniklioğlu and Canbolat (n 5) 709; Karacan Çetin (n 119) 168; Mülayim and Kayık Aydınalp (n 15) 431.

<sup>135</sup> Yargıtay 9 HD, 2011/2912, 2013/11048, 04.04.2013. Aynı yönde bkz Çelik, Caniklioğlu and Canbolat (n 5) 709; Karacan Çetin (n 119) 168; Mülayim and Kayık Aydınalp (n 15) 431.

<sup>136</sup> Çelik, Caniklioğlu and Canbolat (n 5) 709; Narmanlioğlu (n 2) 663; Mollamahmutoğlu, Astarlı and Baysal (n 2) 355; Karademir and Ekinci (n 5) 81; Mülayim and Kayık Aydınalp (n 15) 430. Aynı yönde bkz Yargıtay 9 HD, 2017/8957, 2019/379, 09.01.2019; Yargıtay 9 HD, 2014/30839, 2016/3851, 24.02.2016.

<sup>137</sup> Karademir and Ekinci (n 5) 81.

<sup>138</sup> Mollamahmutoğlu, Astarlı and Baysal, *İş Hukuku* (6th edn, Turhan 2014) 1251 (Karacan Çetin (n 119) 161, dipnot 40'tan naklen).

<sup>139</sup> Yargıtay 9 HD, 2014/30839, 2016/3851, 24.02.2016. Aynı yönde bkz Dursun (n 20) 52; Karacan Çetin (n 119) 168.

dönemler için elde edilen brüt fazla çalışma ücretleri toplanır. Bu toplam sayı üzerinden damga vergisi hesaplanır<sup>141</sup>. Keza bu toplam sayıdan öncelikle, bu sayı üzerinden hesaplanan %14'lük SGK primi ve %1'lik işsizlik sigortası kesintisi yapılır<sup>142</sup>. Toplam sayıdan bu kesintiler (%14'lük SGK prim ve %1'lik işsizlik sigortası kesintileri) yapıldıktan sonra geriye kalan miktar üzerinden ise kademeli gelir vergisi kesintisi yapılır<sup>143</sup>. Kademeli gelir vergisinin oranının miktara göre değişebildiğine dikkat etmek gerekir<sup>144</sup>. Kademeli gelir vergisi kesildikten sonra (daha önce toplam sayı üzerinden bulunmuş olan) damga vergisi kesilir<sup>145</sup>. Sonuçta da elde edilen miktar, işçiye verilecek net fazla çalışma ücretidir<sup>146</sup>. Belirtmek gerekir ki, işçi fazla çalışma olgusunu yazılı delil veya işveren kayıtlarıyla değil sadece tanıkla ispatlamışsa bu net fazla çalışma ücreti üzerinden ortalama %30'luk ayrıca bir hakkaniyet indirimi yapılmaktadır<sup>147</sup>. Zamanaşımına uğramış fazla çalışma ücreti varsa zamanaşımına uğramış kısım dışlandıktan sonra

---

<sup>140</sup> Dursun (n 20) 52.

<sup>141</sup> Yargıtay 9 HD, 2014/30839, 2016/3851, 24.02.2016. Aynı yönde bkz Dursun (n 20) 53; Karademir and Ekinci (n 5) 83.

<sup>142</sup> Yargıtay 9 HD, 2014/30839, 2016/3851, 24.02.2016. Aynı yönde bkz Dursun (n 20) 53; Karademir and Ekinci (n 5) 83.

<sup>143</sup> Yargıtay 9 HD, 2014/30839, 2016/3851, 24.02.2016. Aynı yönde bkz Dursun (n 20) 53; Karademir and Ekinci (n 5) 83.

<sup>144</sup> Karademir and Ekinci (n 5) 83.

<sup>145</sup> Dursun (n 20) 53; Karademir and Ekinci (n 5) 83.

<sup>146</sup> Aslında bu kesintilerin yapılmasıyla esas alınan ücret, brüt ücret yerine net ücret haline dönüşmektedir. Bkz Karacan Çetin (n 119) 167-168. Bunun yerine kanaatimizce direkt fazla çalışma ücreti başlangıçta çıplak net ücret üzerinden hesaplanırsa, sonda damga vergisi, kademeli gelir vergisi, SGK primi veya işsizlik sigortası kesintilerinin yapılmasına gerek kalmaz. Fakat Yargıtay'a göre tarafın aksi yönde talebi yoksa, kural olarak, hüküm brüt ücret üzerinden verilmelidir (Yargıtay 9 HD, 12798/11429, 09.05.2016). Brüt ücret üzerinden hüküm kurulmuş olsa bile, icra takibi başlatıldığında net miktar üzerinden icra takibi başlatılacaktır (Yargıtay 8 HD, 17927/16611, 22.09.2014). Keza faiz net miktar üzerinden hesaplanacaktır (Yargıtay 8 HD, 2014/23019, 2016/7178, 19.04.2016). Buna rağmen fazla çalışma ücretinin çıplak net ücret üzerinden belirleneceği yönünde Yargıtay kararı da mevcuttur. Bkz. Yargıtay 22 HD, 2014/27254, 2015/5419, 18.02.2015.

<sup>147</sup> Yargıtay HGK, 2013/9-1643, 2014/649, 14.05.2014. Karademir and Ekinci (n 5) 84; Mülayim and Kayık Aydınalp (n 15) 440. Fakat zamanaşımı sebebiyle reddedilen kısım sebebiyle vekâlet ücretine hükmedileceğine dair bkz Mülayim and Kayık Aydınalp (n 15) 440.

bulunan miktar üzerinden hakkaniyet indirimi yapılacaktır<sup>148</sup>. Fakat hakkaniyet sebebiyle yapılan indirim için karşı taraf lehine vekâlet ücretine hükmedilmeyecektir<sup>149</sup>.

Fazla çalışma ücreti İşK madde 32 uyarınca bir ücret olduğu için, İşK madde 34/1 uyarınca mevduata uygulanan en yüksek faize tabi olacaktır. Bu faiz türünün nasıl saptanacağına dair kıdem tazminatı konusunda yapılan açıklamalar burada da geçerli olacaktır. Keza TBK genel hükümleri uyarınca, faiz başlangıcı işverenin temerrüde düşürüldüğü tarih olacaktır<sup>150</sup>. Zamanaşımı ise her bir periyodik fazla çalışma ücreti için ayrı ayrı bizzat ilgili fazla çalışma ücretinin muaccel olduğu tarihten itibaren başlayacaktır<sup>151</sup>. Buna göre, fazla çalışma ücretinin bir kısmı zamanaşımına uğramış iken; bir kısmı zamanaşımına uğramamış olabilmektedir. Zamanaşımı süresi İşK madde 32/8 uyarınca beş yıl olacaktır. Keza iş sözleşmesinin devam ediyor olması, fazla çalışma ücretine dair zamanaşımını kesmez<sup>152</sup>.

### **C. Ulusal Bayram ve Genel Tatil Ücretinin Hesaplanması**

Ulusal bayram ve genel tatil ücretine dair düzenlemeler temel olarak İşK madde 44 ve madde 47'de yer almaktadır. İşK madde 47 uyarınca, işçi bu günlerde çalışmazsa ilave bir ücrete hak kazanmaz. Başka bir deyişle, çalışmaması halinde ulusal bayram ve genel tatil günlerine denk gelen ücret, işçinin normal ücreti kapsamında varsayılır. Fakat aynı madde uyarınca, işçi ulusal bayram ve genel tatil günlerinde çalışmışsa çalıştığı her gün için ilave bir günlük ücrete hak kazanır. Ulusal bayram ve genel tatillerde normal günlük çalışma süresine kadar (özel bir durum olmadığı müddetçe haftalık çalışma süresinin 45 saat ve çalışılan gün sayısının 6 olduğu dikkate alındığında günlük normal çalışma süresi genellikle 7.5 saat olacaktır) yapılan

---

<sup>148</sup> Mülâyim and Kayık Aydınalp (n 15) 440.

<sup>149</sup> Karademir and Ekinci (n 5) 84; Mülâyim and Kayık Aydınalp (n 15) 441.

<sup>150</sup> Karademir and Ekinci (n 5) 102-103; Ocak, 2. *Kitap* (n 122) 383; Mülâyim and Kayık Aydınalp (n 15) 443.

<sup>151</sup> Karademir and Ekinci (n 5) 84.

<sup>152</sup> Karademir and Ekinci (n 5) 84; Mülâyim and Kayık Aydınalp (n 15) 444.



çalışmada sadece ilave bir günlük ücret ödenecektir<sup>153</sup>. Bununla beraber, bu günlerde yapılan çalışma günlük çalışma süresini aşabilir. İşte, bu günlerdeki aşkın süre diğer günlerdeki çalışmalarla birlikte haftalık normal çalışma süresini (kural olarak 45 saat) aşarsa fazla çalışma olarak kabul edilir<sup>154</sup>. Bunun haricinde, bu aşkın süre ile diğer günlerdeki çalışma süreleri toplandığında haftalık kırk beş saatlik süre aşılmayabilir. Böyle bir halde bile, ulusal bayram ve genel tatilde yapılan çalışma 11 saati aşıyorsa 11 saati aşan kısım için fazla çalışma ücreti ödenecektir (İşK m. 63/2).

Ulusal bayram ve genel tatil ücreti belirlenirken öncelikle her bir ücret dönemi için çalışılan ulusal bayram ve genel tatil günleri tespit edilir. Yalnız bu günler aynı zamanda haftalık tatile de denk geliyorsa ulusal bayram ve genel tatil ücretinde hesaplamaya dâhil edilmez<sup>155</sup>. Zira bu günlerdeki çalışma zaten hafta tatili ücreti adı altında işçiye ödenecektir. Ayrıca yıllık ücretli izne veya ücretsiz izne denk gelen ulusal bayram ve genel tatil günleri de hesaplamaya dâhil edilmez<sup>156</sup>. Ulusal bayram ve genel tatiller 2429 sayılı Ulusal Bayram ve Genel Tatiller Hakkında Kanun'dakilerle ("*UBGTHK*") sınırlıdır. Belirtmek gerekir ki, sonradan idari izin olarak ilan edilen günler, ulusal bayram ve genel tatil ücretinin hesaplanmasında dikkate alınmaz.

Yukarıdaki kritere göre her bir ücret dönemindeki ulusal bayram ve genel tatil günleri tespit edildikten sonra, bir günlük çıplak net ücret tespit edilir<sup>157</sup>. Zira İşK madde 50 uyarınca ulusal bayram ve

<sup>153</sup> Mülâyim and Kayık Aydınalp (n 15) 427.

<sup>154</sup> *Ibid.*

<sup>155</sup> Yargıtay 9 HD, 2015/21125, 2018/15711, 13.09.2018; Yargıtay 22 HD, 2017/9038, 2018/7262, 21.03.2018. Süzek (n 2) 848; Çelik, Caniklioğlu and Canbolat (n 5) 724; Dursun (n 20) 86; Karademir and Ekinci (n 5) 123.

<sup>156</sup> Yargıtay 22 HD, 2017/21632, 2019/8832, 16.04.2019; Yargıtay 9 HD, 2014/26551, 2015/36571, 23.12.2015.

<sup>157</sup> Çıplak net ücret üzerinden tespit etmemizin sebebi daha pratik olmaktır. Yoksa Yargıtay, aksi yönde bir talep yoksa, brüt ücret üzerinden hesaplanması gerektiğine karar vermektedir (Yargıtay 9 HD, 12798/11429, 09.05.2016). Aslında bu kesintilerin yapılmasıyla, esas alınan ücret, brüt ücret yerine net ücret haline dönüşmektedir. Bkz Karacan Çetin (n 119) 167. Bunun yerine kanaatimizce direkt genel tatil ücreti başlangıçta çıplak net ücret üzerinden hesaplanırsa, sonda damga vergisi, kademeli gelir vergisi, SGK primi veya işsizlik sigortası kesintilerinin

genel tatil ücreti hesaplanırken, fazla çalışma karşılığı alınan ücretler, primler, işyerinin temelli işçisi olarak normal çalışma saatleri dışında hazırlama, tamamlama, temizleme işlerinde çalışan işçilerin bu işler için aldıkları ücretler ve sosyal yardımlar dikkate alınmaz. Bir günlük çıplak net ücret her bir ücret dönemi için ayrı ayrı hesaplanır<sup>158</sup>. Buna göre, ilgili dönemdeki aylık çıplak net ücretin otuz güne bölünmesiyle bir günlük çıplak net ücret bulunur<sup>159</sup>. Ücretin bilinmemesi halinde, ücret fazla çalışma başlığı altında anlatıldığı şekilde tespit edilecektir.

Yukarıdaki açıklamalara göre tespit edilen bir günlük çıplak net ücret, ilgili ücret döneminde dikkate alınacak ulusal bayram ve genel tatil günleri sayısı ile çarpılır<sup>160</sup>. Böylece ilgili dönemdeki ulusal bayram ve genel tatil ücreti bulunur. Bu hesaplama diğer ücret dönemleri için de yapılır<sup>161</sup>. Sonuçta her bir ücret dönemi için elde edilen sayılar toplanarak toplam ulusal bayram ve genel tatil ücreti bulunur<sup>162</sup>. Fazla çalışma ücreti başlığı altında bahsedilen hakkaniyet indirimi burada da söz konusu olmaktadır<sup>163</sup>.

Faiz ve zamanaşımı için, fazla çalışma ücreti başlığı altında yapılan açıklamalar burada da geçerli olacaktır.

#### **D. Hafta Tatili Ücretinin Hesaplanması**

Hafta tatili ücretine dair düzenleme İşK madde 46'da yer bulmuştur. Buna göre, yedi günlük bir zaman dilimi içinde işçiye kesintisiz en az yirmi dört saat dinlenme verilir. Belirtmek gerekir ki, haftada 30 saat veya daha az süreli çalışan işçiler hafta tatili ücretine hak kazanamayacaktır<sup>164</sup>. Keza, birer gün arayla yirmi dört saat çalışıp aradaki

---

yapılmasına gerek kalmaz. Ulusal bayram ve genel tatil ücretinin çıplak net ücret üzerinden belirleneceği yönünde Yargıtay kararı da mevcuttur. Bkz. Yargıtay 22 HD, 2014/27254, 2015/5419, 18.02.2015.

<sup>158</sup> Dursun (n 20) 86. Benzer şekilde bkz Karademir and Ekinci (n 5) 124; Ocak, 2. *Kitap* (n 122) 814.

<sup>159</sup> Dursun (n 20) 86. Benzer şekilde bkz Karademir and Ekinci (n 5) 124.

<sup>160</sup> *Ibid* 86.

<sup>161</sup> *Ibid* 86.

<sup>162</sup> *Ibid* 86.

<sup>163</sup> Karademir and Ekinci (n 5) 125; Ocak, 2. *Kitap* (n 122) 811.

<sup>164</sup> Yargıtay 9 HD, 5444/11088, 18.03.2015.

günlerde dinlenen işçi de haftalık tatile hak kazanmaz<sup>165</sup>. Çalışılmayan hafta tatili günü için işveren tarafından bir iş karşılığı olmaksızın o günün ücreti tam olarak ödenir. Aynı şekilde çalışmadığı halde kanunen çalışma süresinden sayılan zamanlar ile günlük ücret ödenen veya ödenmeyen kanundan veya sözleşmeden doğan tatil günleri, ek ikinci maddede sayılan mazeretli izin süreleri ve bir haftalık süre içinde kalmak üzere işveren tarafından verilen diğer izinlerle hekim raporuyla verilen hastalık ve dinlenme izinleri çalışılmış günler gibi hesaba katılır.

Maktu aylık ödeme alan bir işçi haftalık izin gününde de çalışmışsa haftalık tatil ücretinin (fazla çalışmaya dair İşK madde 41/2'nin kıyasen uygulanması sonucu) 1,5 katına ayrıca hak kazanır<sup>166</sup>. Hafta tatilinde normal günlük çalışma süresine kadar (özel bir durum olmadığı müddetçe haftalık çalışma süresinin 45 saat ve çalışılan gün sayısının 6 olduğu dikkate alındığında günlük normal çalışma süresi genellikle 7.5 saat olacaktır) yapılan çalışmada sadece hafta tatili ücreti ödenecek bu çalışma fazla çalışmaya eklenmeyecektir<sup>167</sup>. Fakat bu günlerde yapılan çalışma normal günlük çalışma süresini aşabilir (aşkın süre). Aşkın süre diğer günlerdeki çalışmalarla birlikte haftalık normal çalışma süresini (kural olarak 45 saat) aşıyorsa fazla çalışma süresi olarak dikkate alınır<sup>168</sup>. Bunun haricinde, bu aşkın süre ile diğer günlerdeki çalışma süreleri toplandığında haftalık kırk beş saatlik süre aşılmayabilir. Böyle bir halde bile, hafta tatilinde yapılan çalışma 11 saati aşıyorsa 11 saati aşan kısım için fazla çalışma ücreti ödenecektir (İşK m. 63/2).

Hafta tatili ücreti hesaplanırken öncelikle her bir ücret dönemi için çalışılan hafta tatili gün sayısı bulunur<sup>169</sup>. Burada ücretsiz veya

<sup>165</sup> Yargıtay 9 HD, 25796/25772, 09.09.2014.

<sup>166</sup> Süzek (n 2) 844; Çelik, Caniklioğlu and Canbolat (n 5) 720; Dursun (n 20) 193; Ocak, 2. *Kitap* (n 122) 758. Aynı yönde bkz Yargıtay 9 HD, 2015/1120, 2016/10420, 26.04.2016.

<sup>167</sup> Yargıtay 22 HD, 2016/17109, 2019/13622, 20.06.2019.

<sup>168</sup> Yargıtay 22 HD, 2016/17109, 2019/13622, 20.06.2019.

<sup>169</sup> Dursun (n 20) 193.

ücretli izne denk gelen günlerin dışlanması gerekir<sup>170</sup>. Sonrasında ilgili ücret döneminde bir günün çıplak net ücreti<sup>171</sup> tespit edilir<sup>172</sup>. İlgili ücret dönemindeki bir günlük çıplak net ücret tespit edilirken, o dönemdeki aylık çıplak net ücret, otuza bölünür<sup>173</sup>. Gerçekten de İşK madde 50 uyarınca hafta tatili ücreti hesaplanırken, fazla çalışma karşılığı alınan ücretler, primler, işyerinin temelli işçisi olarak normal çalışma saatleri dışında hazırlama, tamamlama, temizleme işlerinde çalışan işçilerin bu işler için aldıkları ücretler ve sosyal yardımlar dikkate alınmaz. Ücretin bilinmemesi halinde ücret, fazla çalışma başlığı altında anlatıldığı şekilde tespit edilecektir. Elde edilen bir günlük çıplak net ücretin 1.5 ile çarpılmasıyla da bir günlük zamlı ücret tespit edilir<sup>174</sup>. Sonuçta da her bir ücret dönemi için, dikkate alınacak hafta tatili gün sayısı ile ilgili dönemdeki bir günlük zamlı çıplak net ücret çarpılır ve bu şekilde elde edilen tüm sayılar toplanır<sup>175</sup>. Bu ise toplam hafta tatili ücretini oluşturur. Hakkaniyet indirimi burada da geçerli olabilecektir<sup>176</sup>.

Faiz ve zamanaşımı için fazla çalışma ücreti başlığı altında yapılan açıklamalar burada da geçerli olacaktır.

---

<sup>170</sup> Yargıtay 9 HD, 2014/26551, 2015/36571, 23.12.2015; 2014/14714, 2015/27965, 08.10.2015; Yargıtay 22 HD, 2016/30224, 2017/261, 17.01.2017.

<sup>171</sup> Çıplak net ücret üzerinden tespit etmemizin sebebi daha pratik olmaktır. Yoksa Yargıtay, aksi yönde bir talep yoksa, brüt ücret üzerinden hesaplanması gerektiğine karar vermektedir (Yargıtay 9 HD, 12798/11429, 09.05.2016). Bunun yerine direkt hafta tatili ücreti başlangıçta çıplak net ücret üzerinden hesaplanırsa, son da damga vergisi, kademeli gelir vergisi, SGK primi veya işsizlik sigortası kesintilerinin yapılmasına gerek kalmaz. Zira aslında bu kesintilerin yapılmasıyla esas alınan ücret, brüt ücret yerine net ücret haline dönüşmektedir. Hafta tatili ücretinin çıplak net ücret üzerinden belirleneceği yönünde Yargıtay kararı da mevcuttur. Bkz. Yargıtay 22 HD, 2014/27254, 2015/5419, 18.02.2015.

<sup>172</sup> Dursun (n 20) 193. Benzer şekilde bkz Karademir and Ekinci (n 5) 116; Ocak, 2. Kitap (n 122) 761.

<sup>173</sup> Dursun (n 20) 193. Benzer şekilde bkz Ocak, 2. Kitap (n 122) 761.

<sup>174</sup> Dursun (n 20) 193.

<sup>175</sup> Ibid 193.

<sup>176</sup> Süzek (n 2) 845; Karademir and Ekinci (n 5) 113; Ocak, 2. Kitap (n 122) 758.

## E. Yıllık Ücretli İzin Ücretinin Hesaplanması

Yıllık ücretli izne dair temel düzenlemeler İşK madde 53-59 arasında yer bulmuştur. İşK madde 53'e göre, işçilere verilecek yıllık ücretli izin süresi, hizmet süresi bir yıldan beş yıla kadar (beş yıl dâhil) olanlara on dört günden; beş yıldan fazla on beş yıldan az olanlara yirmi günden; on beş yıl (dâhil) ve daha fazla olanlara yirmi altı günden az olamaz. Ancak on sekiz ve daha küçük yaştaki işçilerle elli ve daha yukarı yaştaki işçilere verilecek yıllık ücretli izin süresi yirmi günden az olamaz. Yine, İşK madde 54 uyarınca, yıllık ücretli izne hak kazanmak için gerekli sürenin hesabında işçilerin aynı işverenin bir veya çeşitli işyerlerinde çalıştıkları süreler birleştirilerek göz önüne alınır. Şu kadar ki, bir işverenin İşK'nin kapsamına giren işyerinde çalışmakta olan işçilerin aynı işverenin işyerlerinde İşK'nin kapsamına girmeksizin geçirmiş buldukları süreler de hesaba katılır. Bir yıllık süre içinde İşK madde 55'te sayılan haller dışındaki sebeplerle işçinin devamının kesilmesi halinde bu boşlukları karşılayacak kadar hizmet süresi eklenir ve bu suretle işçinin izin hakkını elde etmesi için gereken bir yıllık hizmet süresinin bitiş tarihi gelecek hizmet yılına aktarılır. İşçinin gelecek izin hakları için geçmesi gereken bir yıllık hizmet süresi, bir önceki izin hakkının doğduğu günden başlayarak gelecek hizmet yılına doğru ve önceki cümle ile İşK madde 55'teki hüküm gereğince hesaplanır. İşçi İşK m. 54 ve 55'e göre hesaplanacak her hizmet yılına karşılık, yıllık iznini gelecek hizmet yılı içinde kullanır.

İşK madde 55'te belirtilen hallerde devamın kesilmesi halinde bile, bu kesinti süresinde çalışılmış gibi sayılır. Dolayısıyla, yıllık ücretli izne esas süre hesaplanırken bu süreler de dikkate alınır.

Yıllık ücretli izne esas süre tespit edildikten sonra, bu süreye denk gelen ücretli izin hakkının kaç günden oluştuğu tespit edilir. İşe iade için başvurunun işverence kabul edilmemesi halinde yıllık ücretli izne esas süreye dört ayı geçmeyecek şekilde boşa geçen sürenin de dâhil edilmesi gerektiği ve bu toplam süreye denk gelen izin hakkının

tespit edilmesi gerektiği belirtilmektedir<sup>177</sup>. Sonrasında ise kaç günün işçi tarafından kullanılmadığı tespit edilir. İşçi tarafından kullanılmamış gün sayısı hesaplanırken iki hususa dikkat etmek gerekir. Bunlardan ilki İşK madde 56/4'te belirtilmiştir. Buna göre, işveren tarafından yıl içinde verilmiş bulunan diğer ücretli ve ücretsiz izinler veya dinlenme ve hastalık izinleri yıllık izinden mahsup edilemez. Dolayısıyla bu günler yıllık ücretli izinden kullanılmış sayılmaz. Yine, İşK madde 56/5'te belirtildiği üzere, yıllık ücretli izin günlerinin hesabında izin süresine rastlayan ulusal bayram, hafta tatili ve genel tatil günleri izin süresinden sayılmaz. Bu tatillere denk gelen günler, yıllık ücretli izin süresinden kullanılmış sayılmaz. Böylece yıllık ücretli izin hakkı kapsamında kullanılmamış toplam gün sayısı tespit edilir. Yıllık ücretli izin gün sayısı tespit edilirken tam yıl süreleri dikkate alınır; küsuratlı yıllar oranlanmak suretiyle bulunan günler toplam gün sayısına eklenmez<sup>178</sup>.

Gün sayısının tespitinden sonra, son aylık çıplak net ücret<sup>179</sup> üzerinden bir günlük çıplak net ücret hesaplanır<sup>180</sup>. Gerçekten de İşK madde 59 uyarınca esas alınacak ücret, iş sözleşmesinin sona erdiği tarihteki ücrettir. Buna göre, bir günlük çıplak net ücret, son aylık çıplak net ücretin otuz güne bölünmesi suretiyle bulunur. Sonrasında, yıllık ücretli izin hakkı kapsamında kullanılmamış toplam gün sayısı

---

<sup>177</sup> Çelik, Caniklioğlu and Canbolat (n 5) 561; Uysal İbat (n 5) 135.

<sup>178</sup> Narmanlıoğlu (n 2) 704.

<sup>179</sup> Çıplak net ücret üzerinden tespit etmemizin sebebi daha pratik olmaktır. Yoksa Yargıtay, aksi yönde bir talep yoksa, brüt ücret üzerinden hesaplanması gerektiğine karar vermektedir (Yargıtay 9 HD, 12798/11429, 09.05.2016; Yargıtay 9 HD, 2016/30300, 2020/14185, 02.11.2020; Yargıtay 9. HD, 2016/1382, 2019/11159, 15.05.2019). Bunun yerine direkt yıllık ücretli izin ücreti başlangıçta çıplak net ücret üzerinden hesaplanırsa, sonda damga vergisi, kademeli gelir vergisi, SGK primi veya işsizlik sigortası kesintilerinin yapılmasına gerek kalmaz. Zira, aslında bu kesintilerin yapılmasıyla esas alınan ücret, brüt ücret yerine net ücret haline dönüşmektedir. Yıllık izin ücretinin çıplak net ücret üzerinden belirleneceği yönünde Yargıtay kararı da mevcuttur. Bkz. Yargıtay 22 HD, 2014/27254, 2015/5419, 18.02.2015.

<sup>180</sup> Dursun (n 20) 192-193. Benzer şekilde çıplak ücret üzerinden hesaplanacağına dair bkz Karademir and Ekinci (n 5) 134; Çelik, Caniklioğlu and Canbolat (n 5) 741; Süzek (n 2) 861.

ile bir günlük çıplak net ücret çarpılır ve böylece yıllık ücretli izin ücreti tespit edilir<sup>181</sup>.

Faiz ve zamanaşımı konusunda yıllık ücretli izin ücretini diğer ücretlerden ayırmak gerekecektir. Zira Yargıtay, yıllık ücretli izin ücretini İşK madde 32 anlamında ücretten saymamaktadır<sup>182</sup>. Buna göre, yıllık ücretli izne işletilecek faiz oranı, herhangi bir özel düzenleme bulunmadığı için, TBK madde 117 ve 120 hükümleri uyarınca yasal faiz oranı olacaktır<sup>183</sup>. Aynı şekilde, faiz başlangıç tarihi, karşı tarafın temerrüde düşürüldüğü tarih olacaktır<sup>184</sup>. İşK ek üçüncü madde uyarınca zamanaşımı süresi beş yıl olacaktır. Zamanaşımı süresinin başlangıcı, İşK madde 59/1'deki özel düzenleme gereği, iş sözleşmesinin sona erdiği tarih olacaktır.

## SONUÇ

Uygulamada işçi tarafından sıklıkla talep edilen alacak kalemleri kıdem tazminatı, ihbar tazminatı, kötüniyet tazminatı, işe başlatmama tazminatı, fazla çalışma ücreti, boшта geçen süre ücreti, hafta tatili ücreti, ulusal bayram ve genel tatil ücreti ve de yıllık ücretli izin ücreti olarak sıralanabilir. Kıdem tazminatı, ihbar tazminatı, kötüniyet tazminatı ve işe başlatmama tazminatı birer tazminat oldukları için farklı birtakım kriterlere göre hesaplanmaktadır. Yıllık ücretli izin alacağı haricindeki ücretler, geniş anlamda ücret kavramı kapsamına girdiği

---

<sup>181</sup> Dursun (n 20) 192-193.

<sup>182</sup> Yargıtay 22 HD, 16394/18553, 20.06.2016; Yargıtay 22 HD, 2013/5220, 2014/3813, 25.02.2014. Sözleşmenin sona ermesi halinde dahi bu alacağın ücret şeklinde kalacağı; tazminat alacağına dönüşemeyeceği yönünde bkz Süzek (n 2) 864.

<sup>183</sup> Çelik, Caniklioğlu and Canbolat (n 5) 743; Karademir and Ekinci (n 5) 134; Ocak, 1. Kitap (n 32) 947. Aynı yönde bkz Yargıtay 22 HD, 16394/18553, 20.06.2016; Yargıtay 22 HD, 2013/5220, 2014/3813, 25.02.2014. Mevduata uygulanan en yüksek faizin uygulanması gerektiğine dair bkz Mollamahmutoğlu, Astarlı and Baysal (n 2) 386.

<sup>184</sup> Mollamahmutoğlu, Astarlı and Baysal (n 2) 386; Karademir and Ekinci (n 5) 134; Ocak, 1. Kitap (n 32) 947.

için ortak birtakım kriterlere tabi olabilmektedir. Yıllık ücretli izin alacağı ise kendisine özgü bir kurum olma niteliğini taşımaktadır.

Kıdem tazminatı giydirilmiş son brüt ücret üzerinden hesaplanmaktadır. Fakat bu ücret tavan ücreti aşmaktaysa tavan ücreti esas alınmaktadır. Kıdem tazminatında damga vergisi (ve şartları varsa veraset ve intikal vergisi) kesintisi söz konusu olmaktadır. Kıdem tazminatı son düzenleme uyarınca beş yıllık zamanaşımına tabidir. Kıdem tazminatına sözleşmenin sona erme tarihinden itibaren mevduata uygulanan en yüksek faiz uygulanacaktır.

İhbar tazminatı giydirilmiş son brüt ücret üzerinden hesaplanmaktadır. Burada tavan ücret sınırlaması söz konusu değildir. İhbar tazminatında damga vergisi ve kademeli gelir vergisi kesintileri söz konusudur. İhbar tazminatı da son düzenleme uyarınca beş yıllık zamanaşımına tabidir. Bu tazminata uygulanacak faiz yasal faizdir. Kötü niyet tazminatı da aynı koşullara tabidir.

İşe başlatmama tazminatı dava tarihindeki çıplak brüt ücret üzerinden hesaplanmaktadır. Bu tazminattan damga vergisi düşülecektir. Bu tazminat yasal faize ve on yıllık genel zamanaşımı süresine tabidir.

Boşta geçen süre ücreti dava tarihindeki giydirilmiş brüt ücret üzerinden hesaplanır. Bu alacak, SGK primi, işsizlik sigortası, kademeli gelir vergisi ve damga vergisi kesintilerine tabidir. Bu alacak beş yıllık zamanaşımına ve mevduata uygulanan en yüksek faize tabidir.

Fazla çalışma ücreti, ulusal bayram ve genel tatil ücreti ve hafta tatili ücreti çıplak brüt ücret üzerinden hesaplanır. Yalnız burada her bir ücret dönemi için ayrı ayrı çıplak brüt ücretin tespit edilmesi gerekir. Bu alacaklar SGK primi, işsizlik sigortası, kademeli gelir vergisi ve damga vergisi kesintilerine tabidir. Bu alacaklar beş yıllık zamanaşımına ve mevduata uygulanan en yüksek faize tabidirler. Fazla çalışma ücreti ve hafta tatili ücreti normal ücretin %50 zamlı hali şeklinde bulunur. Ulusal bayram ve genel tatil ücretinde ise bu tür bir zam söz konusu değildir.



Yıllık ücretli izin alacağı son çıplak brüt ücret üzerinden hesaplanır. Bu alacak SGK primi, işsizlik sigortası, kademeli gelir vergisi ve damga vergisi kesintilerine tabidir. Bu alacak son düzenleme sonrası beş yıllık zamanaşımı süresine tabi olacaktır. Keza bu alacak yasal faize tabidir.

### KAYNAKÇA

- Akyiğit**, Ercan, İş Hukuku, 8. Basım, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2010.
- Başbuğ**, Aydın / **Bodur**, Mehtap Yücel, İş Hukuku, 5. Baskı, Beta Yayıncılık, 2018.
- Baysal**, Mustafa, Çözümlerle İş Kanunu Sorunları, 3. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2019.
- Çelik**, Nuri / **Caniklioğlu**, Nursen / **Canbolat**, Talat, İş Hukuku Dersleri, 31. Bası, İstanbul, Beta Yayıncılık, 2018.
- Çetin**, Hatice Karacan, 4857 Sayılı İş Kanununa Göre Fazla Çalışma, 6. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2019.
- Çil**, Şahin, 'Fazla Çalışma Ücretinin Temel Çalışma Ücreti İçinde Ödenmesi Uygulaması', İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt: 74, Prof. Dr. Fevzi Şahlanan'a Armağan Sayısı, 2016, s. 269 - 312.
- Demir**, Cuma Arif, İş Güvencesi ve İşe İade Davaları İş Hukukunda Zorunlu Arabuluculuk, 1. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2018.
- Dursun**, Şentürk, İş Hukukuna Davalarına İlişkin Bilirkişi Raporları, 1. Bası, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2018.
- Ekin**, Ali / **Topçu**, K. Melis, 'İşçi Alacakları Açısından Gelir Vergisi ve Yasal Kesintiler', Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, Sayı: 8, 2016, s. 115 - 149.
- Ekin**, Ali, 'İş Hukuku Uygulamasında Fazla Çalışma ve Fazla Sürelerle Çalışmanın Hukuki Sonuçları', İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt: 74, Prof. Dr. Fevzi Şahlanan'a Armağan Sayısı, 2016, s. 337 - 370.

- Eyrenci, Öner / Taşkent, Savaş / Ulucan, Devrim**, Bireysel İş Hukuku, 8. Baskı, İstanbul, Beta Yayıncılık, 2017.
- Kar, Bektaş**, İş Yargılaması Usulü, Ankara, Yetkin Yayınları, 2018.
- Karademir, Artür / Ekinci, Hakan**, İşçilik Alacakları, 1. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2017.
- Korkmaz, Fahrettin / Alp, Nihat Seyhun**, Bireysel İş Hukuku, 3. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2016.
- Kurt, Resul / Koç, Muzaffer**, İş Sözleşmesinin Sona Erdirilmesi, İş Güvencesi ve İşe İade Davaları, 3. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2017.
- Mollamahmutoğlu, Hamdi / Astarlı, Muhittin / Baysal, Ulaş**, İş Hukuku Ders Kitabı, Cilt 1: Bireysel İş Hukuku, 3. Baskı, Ankara, Lykeion Yayınları, 2019.
- Mülayim, Baki Oğuz / Kayık Aydınalp, Aslıhan**, 'Fazla Çalışma Ücretinin Hesaplanması', Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 9, Sayı: 2, 2019, s. 412 - 451.
- Narmanlıoğlu, Ünal**, İş Hukuku Ferdi İş İlişkileri I, 5. Baskı, İstanbul, Beta Yayıncılık, 2014.
- Narter, Sami**, İş Güvencesi, İşe İade Davaları ve Tazminatlar, 3. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi, 2017.
- Ocak, Uğur**, Feshe Bağlı İşçilik Alacakları, 1. Kitap, 6. Baskı, Gaziantep, Kalkan Matbaacılık, 2018 (1. Kitap).
- Ocak, Uğur**, Feshe Bağlı İşçilik Alacakları, 2. Kitap, 6. Baskı, Gaziantep, Kalkan Matbaacılık, 2018 (2. Kitap).
- Özkaraca, Ercüment**, İşyeri Devrinin İş Sözleşmelerine Etkisi ve İşverenlerinin Hukuki Sorumluluğu, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Doktora Tezi, 2008.
- Senyen-Kaplan, Tuncay**, Bireysel İş Hukuku, 9. Baskı, Gazi Kitabevi, 2018.
- Sümer, Haluk Hadi**, İş Hukuku, 23. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2018.
- Süzek, Sarper**, İş Hukuku, 11. Baskı, İstanbul, Beta Yayıncılık, 2015.

**Süzek**, Sarper, 'İşyerinin Devri ve Hukuki Sonuçları', Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 15, Özel Sayı, 2013, s. 311 – 330 (Makale).

**Şakar**, Müjdat, İş Hukuku Uygulaması, 12. Baskı, Beta Yayıncılık, 2018.

**Tunçomağ**, Kenan / **Centel**, Tankut, İş Hukukunun Esasları, 8. Bası, İstanbul, Beta Yayıncılık, 2016.

**Uysal İbat**, Emine Esra, Feshin Geçersizliği ve İşçilik Alacakları, 1. Baskı, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2018.

#### **ELEKTRONİK KAYNAKÇA**

[www.sinerjimevzuat.com.tr](http://www.sinerjimevzuat.com.tr)

<https://www.ailevecalisma.gov.tr/media/9140/kidem-tazminati-tavan-miktari.pdf> (Erişim Tarihi: 28.12.2019)

## **AMERİKAN VE İNGİLİZ ŞİRKETLER HUKUKU IŞIĞINDA PAY SAHİBİ ÖNCELİĞİ MODELİ VE BU MODELİN ŞİR- KETLERE ETKİLERİNE İLİŞKİN DEĞERLENDİRME**

*The Shareholder Primacy Model in the Light of American and English  
Company Law and an Assessment of the Effects of This Model on the  
Companies*

*Arş. Gör. Pelin ÖZÇELİK\**

### **ÖZET**

Amerika ve İngiltere başta olmak üzere, dünyada pek çok ülkede şirketlerin gerçekte kime hizmet verdiği sorusuna yanıt aranmaya çalışılmıştır. Bu soruya cevap olarak çeşitli teoriler oluşturulmuş, ancak bu teoriler arasında pay sahibi önceliği modeli her zaman için ayrı bir tartışma konusu olmuştur. Pay sahibi önceliği modeli, kurumsal yönetim teorilerinden birisi olup, şirkette bir karar alınırken pay sahiplerinin çıkarlarının diğer menfaat sahiplerinin çıkarlarına kıyasen öncelikli tutulmasını ifade etmektedir. Bu modelin etkileri, global anlamda pek çok şirkette görülmektedir. Ancak en büyük tartışma konularından birisi, bu modelin hukuki anlamda bir bağlayıcılığı olup olmadığıdır. Zira günümüzde pay sahibi önceliğinin, şirket sürdürülebilirliği açısından bazı engeller oluşturması sebebiyle, yapılan bazı ça-

---

\* Çağ Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı, E-posta: pelinozcelik@cag.edu.tr. Orcid ID: 0000-0002-6328-6267.

lışmalarla da birlikte, yerini başka bir model olan paydaş önceliğine bıraktığı da gündeme gelmektedir. Bu makalede, pay sahibi önceliği modelinin Amerikan ve İngiliz şirketler hukukundaki tarihsel yerine ve ülkemiz şirketler hukukuna nasıl yansıdığına değinilmiştir. Sürdürülebilir bir şirket için hangi modele öncelik verilmesi hakkındaki tartışmalar ortaya konulmuştur.

**Anahtar Sözcükler:** Kurumsal Yönetim, Pay Sahibi Önceliği Modeli, Paydaş Modeli, Yasal Norm, Sosyal Norm.

## **ABSTRACT**

In many countries around the world, especially in the USA and England, an attempt was made to answer the question of who the companies actually serve. In response to this question, various theories have been created, but the shareholder primacy model has always been a separate discussion subject among these theories. The shareholder primacy model is one of the corporate governance theory and it states that shareholders interests should be considered at the first priority as compared to the other stakeholders interests when making a decision at the company. The effects of this model are seen in many companies globally. However, one of the biggest topics of debate is whether this model is legally binding. Nowadays, shareholder primacy creates some obstacles in terms of company sustainability and because of this, along with some studies, it is also mentioned that it has been replaced by another model, stakeholder primacy. In this article, the historical position of the shareholder primacy model in American and English company law and how it reflects to the company law of our country is mentioned. Discussions on which model to prioritize for a sustainable company have been raised.

**Keywords:** Corporate Governance, Shareholder Primacy Model, Stakeholder Primacy Model, Legal Norm, Social Norm.

## GİRİŞ

Kurumsal yönetim, bir kurumun yönlendirildiği ve kontrol edildiği kurallar, uygulamalar ve süreçler sistemidir. Kurumsal yönetim, kurumların şeffaf, adil, dürüst ve hesap verebilir bir şekilde yönetilmesini hedefleyen, aynı zamanda insan hakları ve şirketin etik çalışma ilkelerinin uygulanmasını öngören çalışmalardan oluşmaktadır. Bu hedeflere ulaşabilmek adına, bir kurumu meydana getiren tüm kişi, organ veya diğer oluşumlar bu ilkelerle uyum içinde hareket etmelidir. Zira bu sistem, bir şirketin pay sahipleri, yönetimindeki üst düzey yöneticileri, müşterileri, finansörleri, tedarikçileri, çalışanları, devlet ve toplum gibi birçok paydaşının çıkarlarının da göz önünde tutulup dengelenmesini gerektirir.

Kurumsal yönetim aynı zamanda bir şirketin hedeflerine ulaşabilmesi adına bir çerçeve sunmaktadır. Şirketlerin temel amacı kâr elde etmek olduğundan, bunun en doğru yöntemle nasıl sağlanacağı hususunda çeşitli modeller ortaya atılmıştır. Bu modellerden birisi de toplum, tüketiciler ve çalışanlar gibi diğer kurumsal paydaşların çıkarlarını göz önünde bulundurmadan önce pay sahiplerinin sahip olduğu değerleri maksimize etmeye odaklanan, pay sahibi merkezli ve onları adeta şirketin sahibi yerine koyan bir kurumsal yönetim şekli olan *pay sahibi önceliği modelidir*. 1932 senesinde ilk kez Amerika'da ortaya atılan bu model, önce mahkemeler tarafından çoğunluk ve azınlık pay sahipleri arasında meydana gelen ihtilafları çözmek için kullanılmış ve zaman içinde pay sahibi önceliği normunun bu kullanımını, azınlık pay sahipleri baskısının modern öğretisine dönüşmüştür<sup>1</sup>. Ancak son zamanlarda pay sahipliği önceliği, yalnızca pay sahiplerinin kârını maksimize etmeye odaklandığından, kurumsal sosyal sorumluluk ve diğer yasal yükümlülüklerle çeliştiği gerekçesiyle eleştirilmekte ve yeni yönetim şekilleri belirlenmek istenilmektedir.

Çalışmamızın konusunu, şirketler hukuku sahasını da ilgilendiren, kurumsal yönetim teorilerinden birisi olan *pay sahibi önceliği*

---

<sup>1</sup> Smith, D. Gordon; "The Shareholder Primacy Norm", **The Journal Of Corporation Law**, Vol. 23, Iss. 2, Winter 1998, pg. 277-322, s. 279.

*modeli* oluşturmaktadır. Çalışmamızın amacı, pay sahibi önceliği modelinin şirketler hukukuna yansımaları, şirkete, topluma ve çevreye etkisini yasal ve teorik argümanlarla birlikte araştırmaya gayret etme ve bu modelin şirketler hukuku yasalarında bir norm olarak kullanılmasının sınırını ortaya koymaktır. Çalışmamızda pay sahibi önceliği modeli anlatılırken, Amerikan, İngiliz hukuku ve kendi hukuk sistemimiz üzerinden de gidilerek, daha çok anonim şirketlerden analizler aktarılmaya çalışılmıştır. Bu modelin diğer ülkelerdeki konumu, çalışmamızın konusunu oluşturmamaktadır. Ancak bağlantısı bulunan durumlarda AB hukuku ve uygulamalarına da değinilmiştir.

## I. Genel Olarak

### A. Hukuk Sistemlerine Genel Bakış

#### 1. Kara Avrupası (Roma-Germen/ Kontinental) Sistemi

Kara (Kıta) Avrupası hukuk sistemi, dünyada uygulanan çeşitli hukuk sistemlerinden birisi olup temelini Roma hukukundan almaktadır<sup>2</sup>. Bu hukuk sistemi uygulanırken, yazısız kuralların derlenip toplanması ile yazılı hale getirilmiş kanunlardan faydalanılmakta ve her kanun ayrı bir özel ya da kamu hukuku ilişkisini temsil edip çeşitli alanlara ayrılmaktadır<sup>3</sup>. Bu hukuk sisteminin bir diğer özelliği ise, özel hukuk-kamu hukuku ayrımı yapılmasından dolayı yargı ayrılığının (adli yargı-idari yargı) da oluşturulmuş bulunmasıdır<sup>4</sup>. İçtihatlar, Kara Avrupası sistemini benimseyen ülkelerde daha ziyade bir yardımcı kaynak vazifesini görmekte, emsal hukuku oluşturmamakta, dolayı-

<sup>2</sup> Pulaşlı, Hasan/ Korkut, Ömer; **Temel Hukuk**, Gözden Geçirilmiş Genişletilmiş 18. Baskı, Karahan Kitabevi, Adana 2017, s. 55. Başlangıçta gelenekçi olarak başlayan Roma Hukukunda daha sonra özellikle İmparator Justinianus zamanında çıkarılmış olan Corpus Juris Civilis ile birlikte yazılı format uygulamaya konulmuştur. Bkz. Bilge, Necip; **Hukuk Başlangıcı**, 34. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara 2016, s. 74.

<sup>3</sup> Gözler, Kemal; **Genel Hukuk Bilgisi**, 17. Baskı, Ekin Basım Yayım Dağıtım, Bursa 2017, s. 3.; Bilge, s. 74.

<sup>4</sup> Anayurt, Ömer; **Hukuka Giriş ve Hukukun Temel Kavramları**, 17. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2017, s. 55.

ıyla benzer olaylarda verilen farklı kararlar da mümkün olabilmektedir<sup>5</sup>.

Az çok hukuksal farklılıkları bulunsa dahi, Kara Avrupası hukuk sistemini uyguladığı kabul edilen ülkeler, İngiltere dışında, Fransa, Almanya, İsviçre, İspanya ve İtalya gibi Avrupa ülkeleridir<sup>6</sup>.

Türk hukukunda da Cumhuriyet döneminden itibaren Kara Avrupası hukuk sistemi uygulama alanı bulmuştur<sup>7</sup>. Türk hukuk sisteminde son olarak 1982 Anayasasında esaslar belirlenmiş olup insan unsuruna odaklanıldığından, Roma hukuku sisteminin benimsendiği genel kabul görse de, toplum menfaatlerini de kapsayan düzenlemelerin yapılmış olması sebebiyle sosyalist hukuk sistemine yaklaşıldığı gözlemlenmektedir<sup>8</sup>.

## **2. Common Law (Anglo-Sakson) Sistemi**

Gelenek hukukuna dayanan Common Law hukuk sistemi, Kara Avrupası hukuk sisteminin önemli ölçüde zıddı olarak betimlenebilir. Bu sistemde, bir araya getirilmiş yazılı kanunlar bulunmamakta, hukuku örf ve adet hukuku, çeşitli mahkeme kararları ve toplanmamış dağınık bazı kanunlar oluşturmaktadır<sup>9</sup>. Dolayısıyla asli kaynaklarını örf ve adet hukuku oluşturmakta ve mahkeme kararları örnek alındığından içtihadî bir niteliğe bürünmektedir<sup>10</sup>. Kamu hukuku-özel hu-

<sup>5</sup> Gözler, s. 4. Anayurt, s. 56.; Gözler, s. 4.

<sup>6</sup> Pulaşlı/ Korkut, s. 55.; Gözler, s. 3.; Bilge, s. 74.

<sup>7</sup> Bilge, s. 74.; Gözler, s. 3. Ülkemizde Osmanlı döneminde, Kuran-ı kerim, hadis, icma ve kıyas gibi din kurallarını kaynak alan İslam hukuk sistemi (şer'i hukuk) uygulanmaktaydı. Bu kurallara, padişahın emirlerini de içeren örfi hukuk da eklenmekteydi. 1839 tarihli Tanzimat döneminden sonra ise İslam hukuku yerini Avrupa hukukuna bırakmakta ve Avrupa ülkelerinin kanunları çevrilerek yeni kanunlar oluşturulmaktaydı. Ayrıntılı bilgi için bkz. Gözler, s. 6 vd.

<sup>8</sup> Kişilerin özel hukuk ilişkileri ve çıkarları yerine toplumun çıkarlarını merkez yapan ve Eski Sovyetler Birliği döneminde daha aktif bir şekilde uygulanmış olan sosyalist hukuk sistemi, günümüzde eski anlam ve önemini yitirmiş bulunmaktadır. Bkz. Andaç, Faruk; **Hukukun Temel Kavramları**, 6. Baskı, Detay Yayıncılık, Ankara 2017, s. 27-29.

<sup>9</sup> Gözler, s. 5. Oysa Roma hukukunda hukuk kuralları belirlenirken örf ve adet kuralları ve din kuralları kapsama dâhil olmamaktadır. Bkz. Andaç, s. 26.

<sup>10</sup> Pulaşlı/ Korkut, s. 55-56.; Gözler, s. 3-4. Mahkeme içtihadı ile şekillenen bu sistem, Roma hukukunun etkisine maruz kalmamış ve böylece zamanın ihtiyaç ve



kuk ayrımı yapılmayan bu sistemde, yargı birliği ilkesi geçerli olmaktadır<sup>11</sup>. Bu nedenle, sorunlar genellikle özel hukuk ilkeleri doğrultusunda *meseleci metoda* uygun bir şekilde çözülmektedir<sup>12</sup>.

Yargı birliği olması dolayısıyla da adli-idari yargı ayrımı yapılmamakta ve üst derece mahkemeleri bile hangi uyuşmazlık olursa olsun (bireyler arası veya birey ile idare) aynı çatı altında toplanmaktadır<sup>13</sup>. Kara Avrupası sisteminden farklı olarak Common Law'da jüri sistemi uygulanmakta ve hüküm tesis edilmesinde önemli bir faktör olmaktadır<sup>14</sup>.

Common Law sistemi, İngiltere'de doğmuş olup, Amerika Birleşik Devletleri, Avustralya, Hindistan, Kanada, Güney Afrika gibi Anglo-Sakson ülkelerinde uygulanmaktadır<sup>15</sup>.

## **B. Kurumsal Yönetim ve Kurumsal Yönetim İlkelerine Genel Bakış**

### **1. Kurumsal Yönetim Kavramı**

Globalleşme dolayısıyla, ülke sınırları yerine finansal piyasalarda gerçekleşen fon transferleri önem kazanmakta, hukuki alt yapının gelişmişliği veya değişimi, yeniliğe açık oluşu söz konusu olsa bile zaman içerisinde mevzuat ile uygulamalar arasında bir boşluk doğmakta ve yasal düzenlemeler yapılırken ayrıntılara pek yer verilmemektedir. Bu nedenlerle, modern yaşamda bireylerin bir amaca ula-

---

gereklere daha çabuk kendisini adapte edebilmiştir. Bkz. Anayurt, s. 56. İctihadi bir niteliğe bürünmesi dolayısıyla bir uyuşmazlığa bakan hâkim, öncelikle o mesele hakkında daha önce verilmiş bir mahkeme kararının yer alıp almadığına bakması gerekeceğinden, bu hukuk sistemine aynı zamanda "case law" da denilmektedir. Ancak case law sistemi, içerdiği pek çok karar (precedent) açısından oldukça zor bir sistem niteliği taşımaktadır. Bunun nedeni, hâkimin kural yaratıcı pozisyonunda bulunması (judgemade law) ve bunu sağlarken de emsal pek çok karardan faydalanması gerektiğidir. Bu karar sayısı yaklaşık olarak 300.000 civarındadır. Bkz. Gözler, s. 5.

<sup>11</sup> Anayurt, s. 57.; Gözler, s. 5-6.

<sup>12</sup> Bilge, s. 75.

<sup>13</sup> Anayurt, s. 57.

<sup>14</sup> Pulaşlı/ Korkut, s. 56.

<sup>15</sup> Gözler, s. 4.; Bilge, s. 75.

şabilmesi adına, hedefleri doğrultusunda meydana getirdiği herhangi bir kurumun yönetiminin düzenlenmesi ve yapılan genellemeler ile uygulamalar arasındaki boşluğun doldurulabilmesi için kurumsal yönetim ilkelerine ihtiyaç duyulmaktadır<sup>16</sup>.

Kurumsal yönetimin (corporate governance) dünya çapında tek bir tanımına rastlanılmamakla birlikte, sözlük tanımı şu şekilde yapılmıştır: Kurumsal yönetim, bir şirketin içinde en üst düzeyde çalışan kişiler tarafından yönetilme şeklidir<sup>17</sup>. Daha açıklayıcı bir ifadeyle, bir yönetim kurulunun, şirketin tüm paydaşları (stakeholders: finansörler, müşteriler, yönetim, çalışanlar, hükümet ve toplum) ile olan ilişkilerinde hesap verebilirlik, adalet ve şeffaflığı sağlamasını konu edinen, genel bir kurallar ve uygulamalar çerçevesi olarak tanımlanabilmektedir<sup>18</sup>.

Bir başka tanımla kurumsal yönetim; bir şirketin, pay sahipleri için uzun dönemde ekonomik kazanç meydana getirerek sürdürülebilirliğini sağlayabilmesi adına, hak sahipleri ve kamuoyunun çıkarlarını zedelemeyecek bir biçimde, mali kaynakları ve insan kaynaklarını kendine çekmesini ve verimli çalışmasını kanun, yönetmelik ve ilgili gönüllü özel sektör uygulamaları ile gerçekleştirmesidir<sup>19</sup>.

Kurumsal yönetimin bu kurallar ve uygulamalar çerçevesi; (1) sorumlulukların, hakların ve ödüllerin dağıtımı için şirket ile paydaşlar arasında yapılan açık ve örtülü sözleşmelerden, (2) paydaşların gö-

<sup>16</sup> Bkz. Uyar, Süleyman; "Kurumsal Şeffaflığın Sağlanmasında Kurumsal Yönetim (Corporate Governance) Anlayışının Önemi", *MÇD*, 2004/ S. 66, pg. 1-15, s. 2-4.

<sup>17</sup> Kaynak: <https://dictionary.cambridge.org>, e.t.: 18.03.2020.

<sup>18</sup> Kaynak: <http://www.businessdictionary.com>, e.t.: 18.03.2020.

<sup>19</sup> Millstein, I.; "Corporate Governance Reform in Asia", Corporate Governance Advisor, January/February, 1999, s. 5. Kurumsal yönetimle bir arada bulunan, onunla karıştırılabilecek kavramlardan birisi de *compliance* müessesesidir. Compliance, İngilizce bir kavram olup, "uygunluk, uyumlu olmak" anlamlarına gelebilmektedir. Geniş anlam taşıyan bu kavram, yasal düzenlemelere uygunluğun ya da şirketin yasal düzenlemeleri aşar bir şekilde uymakla yükümlü olduğu etik standartların yanı sıra kurumsal yönetim (corporate governance) ilkeleri gibi kurallara uygunluğunu da kapsamına alabilmektedir. Bu müessese hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Paslı, Ali; "'Compliance" Kavramının Anonim Ortaklıklar Hukukundaki Anlamı ve Sorumluluk Sistemine Etkisi", *İÜHFİM*, C. LXXI, S. 2, 2013, ss. 317-334, s. 318.

revleri, ayrıcalıkları ve rolleri doğrultusundaki çelişen çıkarları hususundaki uzlaştırma prosedürlerinden ve (3) bir kontrol ve denge sistemi olarak hizmet etmek amacıyla uygun denetim ve bilgi akışları için gerekli prosedürlerden oluşmaktadır<sup>20</sup>. Dolayısıyla içeriğinde pek çok kural ve ilke barındıran kurumsal yönetimin, etkili bir şekilde uygulanması durumunda, şirketin başarısına katkıda bulunma olasılığı oldukça yüksektir.

## 2. Kurumsal Yönetim İlkeleri

### a) Dünyada Kurumsal Yönetim İlkeleri

Kurumsal yönetim alanında dünyada pek çok çalışma bulunmakta ve halen çalışma yapılmakta ve modeller oluşturulurken, her ülke için geçerli tek bir kurumsal yönetim modelinin olamayacağı düşüncesi ile hareket edilmekte, her ülkeye özgü koşullara ayrı ayrı bakılmaktadır<sup>21</sup>. Dünyada uygulanan kurumsal yönetim modellerine bakıldığında, ulaşılmak istenen esas amacın, tüm paydaşlara güven vererek yönetim ve denetim süreçlerinin saydam, görünür, tutarlı ve hesap verebilir özellikte bulunması hususunda istikrarın sağlanabilmesi olduğu görülmektedir<sup>22</sup>.

Kurumsal Yönetimin temel ilkeleri *eşitlik, şeffaflık, hesap verebilirlik, sorumluluk, disiplin, bağımsızlık ve sosyal sorumluluk* şeklinde gösterilebilmekle birlikte, bu ilkeler arasında özellikle *eşitlik, şeffaflık, hesap verebilirlik* ve sorumluluk üzerinde daha fazla durulduğu görülmektedir<sup>23</sup>.

<sup>20</sup> Kaynak: <http://www.businessdictionary.com>, e.t.: 18.03.2020.

<sup>21</sup> Dağlı, Hüseyin/ Ayaydın, Hasan/ Eyüboğlu, Kemal; "Kurumsal Yönetim Endeksi Performans Değerlendirmesi: Türkiye Örneği", **MUFAD Journal**, S. 48/ 2010, pg.: 18-31, s. 21.

<sup>22</sup> Dağlı/ Ayaydın/ Eyüboğlu, s. 21.

<sup>23</sup> Eşitlik ilkesi, şirketin tüm paydaşlarına karşı aynı mesafede bulunmasını, azınlık ve yabancı pay sahipleri de dahil olmak üzere pay sahiplerinin haklarının korunmasına yönelik düzenlemelerin yapılmasını da kapsar. Şeffaflık ilkesi, güçlü sermaye piyasalarının oluşabilmesi adına azınlık pay sahiplerinin şirketin işlemleri hakkında yeterince bilgi sahibi olması ve şirket yöneticileri ve büyük pay sahipleri tarafından, yatırımlarının değerini düşürecek kararlar almalarını engelleyecek

Günümüzde uluslararası bir standart olarak kabul edilen OECD kurumsal yönetim ilkeleri, ekonomik verimliliği, sürdürülebilir büyümeyi ve finansal istikrarı desteklemek amacıyla politika belirleyicilerinin kurumsal yönetim için yasal, düzenleyici ve kurumsal çerçeveyi değerlendirmelerine ve geliştirmelerine yardımcı olur. İlk kez 1999'da yayınlanan İlkeler o zamandan beri uluslararası bir referans haline gelmiştir. 2015 yılında güncellenen İlkeler OECD Konseyi ve G20 Liderler Zirvesi tarafından onaylanmıştır<sup>24</sup>.

OECD tarafından belirlenmiş kurumsal yönetim ilkeleri ise, *etkin kurumsal yönetim çerçevesi için temellerin sağlanması, pay sahiplerinin hakları, adil muamele görmeleri ve temel ortaklık işlevleri, kurumsal yatırımcılar, pay piyasaları ve diğer araçlar, kurumsal yönetimde menfaat sahiplerinin rolü, kamuyu aydınlatma ve şeffaflık ile yönetim kurulunun sorumluluklarıdır.*

## **b) Ülkemizde Kurumsal Yönetim İlkeleri**

Ülkemizde, Sermaye Piyasası Kurulu (SPK), sahip olunan yasal ve ekonomik nitelikleri dikkate alarak ilk kez 2003'te, daha sonradan 2005'te değişiklikler yaparak bu alandaki boşluğu doldurma amacıyla kurumsal yönetim ilkelerini yayınlamıştır. SPK'nın yayınladığı kurumsal yönetim ilkeleri, OECD'nin belirlemiş olduğu ilkelerle pek çok

---

kompleks hukuki ve kurumsal yapıların bulunabilmesi için şirketin sahip olması gereken bir özellik olup bu özellik sayesinde özel bilgilerini dış yatırımcılar ve paydaşları ile paylaşabilmesidir. Hesap verilebilirlik ilkesi, yönetim kurulunun giştiği işlemlerde genel kurulun yanında diğer tüm menfaat sahiplerine (paydaşlara) de hesap verebilmesini belirtmektedir. Sorumluluk ilkesi ise şirket faaliyetlerini yürütürken alınan kararların ve uygulamaların şirketin ana sözleşmesine, yönetmeliklere, mevzuata uygun olmasını ve bu uygunluğun denetlenmesini konu almaktadır. Bilgi için bkz. Zengin, Asiye Nur/ Altıok Yılmaz, Ayşe; "Kurumsal Yönetim İlkeleri ve Standartları", **Uluslararası Sosyal Araştırmalar Dergisi**, C. 10, S. 48/ 2017, ss. 684-702, s. 688.

<sup>24</sup> OECD kurumsal yönetim ilkelerinin 2015 yılı güncellemesi, hem finansal hem de kurumsal sektörlerde kurumsal yönetim politika ve uygulamalarının verimliliğini ve ilgi düzeyini etkileyebilecek gelişmeleri dikkate almaktadır. OECD'nin belirlediği bu temel ilkeler, OECD üyesi veya üyesi olmayan ülkeler için kurumsal yönetimin benimsenmesi, oturtulabilmesi, geliştirilip sürdürülebilmesi için tavsiye niteliğinde olup bağlayıcılığı bulunmamaktadır. Bilgi için bkz. kaynak: <http://www.oecd.org>, e.t.: 19.03.2020.

noktada kesişmesine karşın, içeriğinde birtakım farklılıklar da bulunmaktadır<sup>25</sup>.

OECD kurumsal yönetim ilkelerine bakıldığında, esasen *etkin kurumsal yönetim çerçevesinin oluşturulması* söz konusu iken, SPK kurumsal yönetim ilkelerinde buna ilaveten *menfaat sahipleri (paydaş)* adı altında ayrı bir ölçüt daha kullanılmıştır<sup>26</sup>. İlkeler hazırlanırken halka açık anonim şirketler esas alınmış<sup>27</sup>, fakat oluşturulan modellerin yalnızca bu şirketlerle sınırlı tutulmayacağı, dolayısıyla kamu ya da özel sektörde yer alan diğer anonim şirketler ve kuruluşlar açısından da uygulama alanı bulabileceği düşünülmüştür<sup>28</sup>.

6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu (TTK)'nun<sup>29</sup> yürürlüğe girmesi ile birlikte kurumsal yönetim alanında da değişikliğe gidilmiştir. SPK tarafından kurumsal yönetim kavramıyla ilgili TTK'da yapılan düzenlemeler ile birlikte "kurumsal yönetim ilkelerinin belirlenmesine ve uygulanmasına ilişkin yeni bir tebliğ" çıkarılmıştır<sup>30</sup>. Bu tarihten itibaren günümüze kadar SPK tarafından kurumsal yönetim ilkeleri ve

<sup>25</sup> ECD kurumsal yönetim ilkeleri başlıca iki kriterden ve on iki kategoriden ibaret iken, SPK kurumsal yönetim ilkeleri ise temelde dört kriter ve yirmi yedi kategoriden oluşmaktadır. Bkz. Dağlı/ Ayaydın/ Eyüboğlu, s. 21.

<sup>26</sup> Kurt, Mustafa/ Kayacan, Murad; "Kurumsal Yönetimde Finansal ve Yönetimsel Konular: Kurumsal Yönetim İlkeleri"nin İçerik Analizi", **TOBB Ekonomi ve Teknoloji Üniversitesi Orta Anadolu İşletmecilik Kongresi**, Ankara 2005, s. 36.

<sup>27</sup> Bkz. TTK Genel Gerekeçe, s. 30: "Söz konusu ilkeler kurumsal yönetim ilkeleri olarak adlandırılmıştır. Uluslararası alanda "corporate governance" terimi ile anılan bu ilkeler, esasında hisse senetleri borsada işlem gören anonim şirketler için öngörülmüştür. Ancak diğer anonim şirketlere ve tüm işletmelere hatta yönetim ve denetimin olduğu her kuruma ve kuruluşu, nihayet Devlete de tavsiye edilecek bir kapsam ve yaygınlık kazanmıştır. Hukuk ve işletme politikalarını ve öğretilerini doğrudan etkileyen bu dinamik İngiltere'de 1992 yılında Cadbury Raporu ile harekete geçmiştir. Başlangıçta, 1990'lı yılların ekonomik durgunluğunun ve iz bırakan krizlerinin çökerttiği borsada, yani borsa ticaretinde yatırımcıyı tutmaya yönelik olan çaba, daha sonra, anonim şirketin işleyişini, yönetimini, denetimini, pay sahiplerini ve diğer ilgilileri koruyucu sistemleri kuran geniş kapsamlı bir yapılandırmaya dönüşmüştür."

<sup>28</sup> Dağlı/ Ayaydın/ Eyüboğlu, s. 21.

<sup>29</sup> 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu, bkz. **R.G.**, T.: 14.02.2011, S.: 27846.

<sup>30</sup> T.: 30.12.2011, S.: 28158.

uygulamalarına dair olarak sıklıkla tebliğler yayınlanmaktadır<sup>31</sup>. Buna göre SPK'nın yayımladığı kurumsal yönetim ilkeleri şunlardır<sup>32</sup>: *Pay sahipleri, kamuyu aydınlatma ve şeffaflık, menfaat sahipleri ve yönetim kurulu.*

TTK'nın genel gerekçesinde de açıklandığı gibi, bir şirkette kurumsal yönetim ilkeleri belirlenirken, özellikle pay senetleri borsada işlem gören anonim şirketler açısından<sup>33</sup>, öncelikle pay sahiplerin çıkarlarının korunması, ancak bunlar yanında diğer menfaat sahiplerinin de çıkarlarının ideal seviyede korunması amaçlanmıştır (örneğin; şeffaflık, iyi ve hesabı verilebilir bir yönetim ve etkili bir iç ve dış denetim hükümlerindeki yenilikler: m. 64, 65, 375, 1527,...). Dolayısıyla pay sahiplerinin menfaatlerine önem verilmesi ve bu menfaatlere maksimize edilmesinin örneklerini ve sonuçlarını değerlendirmek gerekmektedir. Çalışmamızda pay sahibi önceliği (shareholder primacy) modeline ve bu modelin Amerikan ve İngiliz şirketler hukukundaki etkilerine bir sonraki başlıkta değinilecektir.

<sup>31</sup> Haşit, Gürkan/ Uçar, Aslı; "Sermaye Piyasası Kurulu (SPK) Kurumsal Yönetim İlkelerinden Yönetim Kurulu İlkesinin İncelenmesine Yönelik Nitel Bir Araştırma", *Sakarya İktisat Dergisi*, C. 3, S. 2/2014, ss. 85-113, s. 92.

<sup>32</sup> Kaynak: www.spk.gov.tr, e.t.: 20.03.2020.

<sup>33</sup> Dolayısıyla SPK'ya, payları borsada işlem gören şirketler bakımından bazı kuralara kısmen ya da tamamen uyma zorunluluğu verebilme yetkisi tanınmıştır. Ayrintılı açıklama ve zorunluluklar için bkz. Pulaşlı, Hasan; **Şirketler Hukuku Şerhi**, C. I, Güncelleştirilmiş ve Gözden Geçirilmiş Tıpkı 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2015, s. 562-563. Belirtmek gerekir ki, Sermaye Piyasası Kanunu (SerPK)'nda *payları borsada işlem gören* kavramı kullanılırken (m. 16/1, 17/2, 29/2...), TTK'da da aynı kavram kullanılmakla birlikte (m. 478/4, 378/1, 404/2,...), bazı maddelerde *borsada kote edilmiş/edilmemiş nama yazılı paylar* ya da *pay senetleri borsaya kote edilmiş şirketler* şeklinde ifadeler de yer almaktadır (m. 495/1, 496/1, 497/1, 1527/5,...). Literatürde *listing* olarak ifade edilen kotasyon, menkul kıymetler borsalarında sürekli işlem görmesi talep edilen sermaye piyasası araçlarının borsa yönetmeliklerinde yer alan şartları taşımaları durumunda ilgili olduğu pazar listesine kaydının yapılarak, işlem görmesinin kabul edilmesidir. Bkz. Şakar, S. Ünal, **Araçları, Kurumları ve İşleyişi ile Sermaye Piyasası**, Anadolu Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Yayınları, 1997, s. 195. Dolayısıyla pay senetlerinin borsada işlem görmesinin şartlarından birisi de borsaya kote edilmesidir. Bkz. Türedi, Selda, "Sermaye Piyasalarında Kotasyon Ve Kotasyonun Faydaları", **Mevzuat Dergisi**, 16/186, Haziran 2013, kaynak: <https://www.mevzuatdergisi.com/2013/06a/01.htm>, e.t.: 15.09.2020. Dolayısıyla kullanılan ifadelerde bir fark görülmediğinden, iki mevzuat arasında kavram birliğinin sağlanması, anlam karmaşasını önleme açısından daha isabetli olacaktır.

## II. Pay Sahibi Önceliği Modeli ve Modelin Common Law'daki Uygulaması

### A. Genel Olarak

Kurumsal yönetim sistemi, şirketin yönetimi süresi zarfında pay sahipleri, yöneticiler, memurlar ve işçilere kadar pek çok grubun, hukuken önemli ve etkili roller alması ve bunları yerine getirmesi ile birlikte gerçekleştirilmektedir<sup>34</sup>.

Kurumsal yönetim ilkeleri, her ülke tarafından temel bazı kıstaslar göz önünde bulundurularak kendi özellikleri, şirket düzenleri ve hakukları ile farklı şekilde oluşturulabilmektedir. Kimi ülkelerin hukukunda, şirketin yönetiminin güçlendirilmesi ve sürdürülebilirliğinin artırılması için pay sahiplerinin çıkarlarına öncelik tanınmakta iken, kimi ülkelerin hukukunda ise pay sahiplerinin yanında şirketle ilişki içerisinde olan diğer menfaat grupları olarak adlandırılan paydaşların çıkarları daha ön planda tutulmaktadır.

Şirketler hukuku literatürüne Adam Smith'in *Ulusların Zenginliği* adlı çalışmasıyla giren pay sahibi önceliği modeli, pay sahibini şirketin adeta *sahibi* olarak görmekte ve pek çok hukuk düzeninde şirketler hukukunun temel ilkelerinden biri olarak düşünülmektedir. Ancak yine de bu ilkenin yasal bir norm olduğu yönünde net bir sonuca varılamamaktadır<sup>35</sup>.

Amerika'da diğer hukuk alanlarının sahip oldukları temel yasalar, hukukun birincil kaynaklarında kolaylıkla anlaşılır durumdadır<sup>36</sup>. Amerikan hukukunda, temel bir kavrama bünyesinde yer veren ilk yasalar, diğer eyaletler için bir emsal oluşturmuşlardır. Örneğin, Ame-

<sup>34</sup> Tekinalp, Ünal; **Anonim Ortaklıklara İlişkin Yeni Hukuk Politikalarının Dinamikleri ve Bunlar Arasındaki İlişki**, Prof. Dr. Turgut Kalpsüz'e Armağan, 1. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara 2003, s. 228.

<sup>35</sup> Rhee, Robert J.; "A Legal Theory of Shareholder Primacy", **Minnesota Law Review**, 102:1951, 2018, pg. 1951-2016, s. 1951.

<sup>36</sup> Örneğin, medeni haklara ilişkin davaların başlangıcını oluşturan 1964 Medeni Haklar Yasası (Civil Rights Act), menkul kıymetler yönetmeliğinin temelini oluşturan 1933 Menkul Kıymetler Yasası (Securities Act of 1933),... Ayrıntılı bilgi ve örnekler için bkz. Rhee, s. 1956 ve 1957'deki dn.

rika'da neredeyse her eyalet, *tek tip ortaklık yasalarının (uniform partnership laws)* bir modelini çıkarmıştır<sup>37</sup>. Ayrıca kılavuz niteliği taşıyan birtakım davalara da sıklıkla atıfta bulunulmuş ve onlara bir otorite olarak güven duyulmuştur<sup>38</sup>. Pay sahibi önceliği biraz farklı bir konumda olup, bu modelin hukuktaki yerini bulmak biraz zordur. Pay sahiplerinin değerini maksimize etmek görevini edinmiş bir yasa hükmü ya da oturmuş bir içtihat henüz bulunmamaktadır. Bu gerçek yasal belirsizlik nedeniyle, pay sahibi önceliği kavramı politik alanlarda tartışılmış ve bu kavramın yasal statüsüne de şiddetle karşı çıkmıştır<sup>39</sup>.

Tam bu noktada, bu modelin şirkete etkisinin ve zaman içerisinde yerini paydaş çıkarı önceliği teorisine bırakıp bırakmadığının da tespitinin yapılması önem arz etmektedir.

## **1. Pay Sahibi Önceliği Modelinin Tanımı ve Kapsamı**

Kesin bir tanımına rastlanılmamakla birlikte, pay sahibi önceliği modelinin tanımı şu şekilde yapılabilir: Pay sahiplerinin çıkarlarını daha da ileriye taşımak amacıyla, şirket adına karar verebilmek için seçilen yöneticilerin ve yönetim kurulu üyelerinin, bu amaç doğrultusunda hareket etmelerinin onların yasal vekâlet görevlerinin bir parçası olarak kabul edildiği bir modeldir<sup>40</sup>.

Pay sahibi önceliği, hem ekonomide hem de şirketin yönetiminde pay sahiplerinin çıkarlarının öncelikli olduğunu açıklayan, bu kişilerin kurumsal işletme adına hizmet veren ve asil/vekil ilişkisinde asil sıfatını taşıyıp şirketin esas sahipleri olduğunu anlatan (vekâlet teorisi)<sup>41</sup>

<sup>37</sup> Bkz. Rhee, s. 1957'deki dn.

<sup>38</sup> Bir pay sahibinin sadakate ilişkin vekâlet görevinin (fiduciary duty of loyalty) standardını belirten Meinhard ve Salmon davasının, federal ve eyalet mahkemesi görüşlerinde 1158 kez alıntılanmış olması gibi... Bkz. Rhee, s. 1957'deki dn.

<sup>39</sup> Bkz. Rhee, s. 1956-1957.

<sup>40</sup> Smith, N. Craig/ Rönnegard, David; "Shareholder Primacy, Corporate Social Responsibility, and the Role of Business Schools", **Journal of Business Ethics**, Vol. 125, Iss. 2, 2014, pg. 463-478, s. 463.

<sup>41</sup> Vekâlet teorisi (agency theory), sahiplenme ve kontrolün ayrılması (separation of ownership and control) kavramı ile ittifak halinde olup, pay sahiplerinin önceliği lehine yabancı hukuk sistemlerinde birçok şirketler hukuku alanında eser veren



ile bağlantısı bulunan) bir modeldir<sup>42</sup>. Bu model, şirketin pay sahipleri için anlamlı riskler alan farklı paydaş grupları arasında sözleşme bağlantısı sağladığı neoliberal<sup>43</sup> bir anlayışına dayanır. Eşsiz konumlarının

---

akademisyen ve uygulayıcılar tarafından desteklenir. Teorinin amacı, kurumlarda yöneticilerin rolünü gözlemlemektir. Bu teori kapsamında, pay sahiplerinin şirketlerin günlük işlerini yönetmek için yöneticileri bir vekili gibi kullandığı ve onlara sırf bu nedenle iş verdikleri düşünülmektedir. Prensip gereği, pay sahipleri yasal olarak yöneticilerin yetkilerini ve görevlerini nasıl yerine getireceklerini yönlendirir ve onları bir nevi eğitirler. Pay sahiplerinin önceliği kuralı olmadan, yönetim kurulu üyelerinin büyük olasılıkla kendi çıkarları için daha fazla performans göstermeleri veya pay sahiplerinin servetlerini artırmalarına yönelik görevleri yapmamaları muhtemeldir. Bunun sonucunda pay sahiplerinin menfaatleri zarar görür ve pay sahipleri ile yöneticiler arasındaki güven azalır. Esasen, vekâlet teorisi, yöneticilerin pay sahiplerine karşı tamamen hesap verebilir olmasını ve onlara pay sahiplerinin kârını göz ardı etme ve kişisel çıkarlarını arama gibi davranışlarını azaltmalarını sağlayan bir sistem sunmaktadır. Dolayısıyla, yönetim kurulu üyelerinin performansını izlemek için kullanılan vekâlet maliyetleri, yönetim kurulu üyelerinin görevlerini tamamen pay sahiplerine borçlu olması, bir üstleri ve pay sahipleri tarafından denetlenmesi sebebiyle, pay sahibi önceliği modeli tarafından en aza indirilecektir. Ayrıca, yönetim kurulu üyelerinin pay sahiplerinin menfaatlerini en üst düzeye çıkarmalarına ilişkin görevlerinin ihlallerinde pay sahipleri, türev işlemler yapabilmektedirler. Bilgi için bkz. <https://www.lawteacher.net/free-law-essays/business-law, e.t.: 13.04.2020>. Bir başka açıdan vekâlet teorisi, kendisini *pozitivist vekâlet teorisi* ve *sahip-temsilci teorisi* olacak şekilde iki ana alanda göstermiştir. Pozitivist vekâlet teorisinde tespit edilmek istenen, sahip ile pay sahibi olmayan profesyonel yöneticiler arasındaki olası amaç çatışmalarıdır. Böylece bu teoride, temsilcilerin kendi çıkarları doğrultusunda hareket etmeleri önlenmek istenmektedir. Daha çok temsil sorununu çözmeyi konu edinmiş ve esasen işletmelere odaklanmış bu teoriye göre (büyük şirketlerdeki şirket sahibi-yönetici ilişkisi daha çok kastedilir), pay sahibi sıfatı taşımayan profesyonel yöneticilerin şartlara uyarak fırsatlardan yararlanmaları problemi çözülmeye çalışılacak ve bu şekilde sahip ile pay sahibi sıfatı taşımayan profesyonel yöneticinin kişisel çıkarları arasındaki çatışma azaltılacaktır. Bir diğer yaklaşım olan sahip-temsilci teorisinde araştırmacı kimseler, bu teorinin tüm temsilcilik ilişkilerine uygulanabilecek olduğuna kanaat getirmektedir. Sahip/ temsilci teorisi, pozitivist teoriye göre daha genel bir perspektiften baktığı ve çoğu alanda test edilebilme niteliği bulunmasına karşın soyut ve matematiksel kaldığından, daha az incelenmekte ve uygulama alanı bulmaktadır. Temsil sorunu, pek çok alanda konuşulmakla beraber, bir şirkette sahip olarak tanımlanan pay sahipleri ile yöneticilerin amaçlarının farklılığından da meydana gelebilmektedir. Bkz. Kurt, Gülüzar/ Demir, Gönenç; "Türk Ticaret Kanunu Tasarısı'nda Profesyonelleşme ve Vekâlet Teorisi", **HPD**, S.: 06, 2006, ss. 60-66, s. 63-64. Temsil sorunu ile ilgili hususlara, çalışmanın ilerleyen kısmında yer verilmiştir.

<sup>42</sup> Rhee, s. 1951-1952.

<sup>43</sup> Sözlük tanımı olarak neoliberal kavramı, hükümetin serbest piyasaya müdahalesini sınırlayarak kişisel özgürlüğü en üst düzeye çıkarma görüşünü destekleyen bir anlayış anlamına gelmektedir. Kaynak: [www.tureng.com/tr](http://www.tureng.com/tr), e.t.: 28.03.2020.

dan dolayı pay sahipleri, bu modelde kurumsal liderlik içinde karar verme gücünü hak eden tek grup olarak kabul edilirler<sup>44</sup>.

Bu modele ilişkin öğretilerdeki bir diğer tanımlama, *şirketlerin yönetim kurullarının sorumluluklarını sadece pay sahiplerinin sahip olduğu değerleri arttırmak olarak yorumlayan sosyal ve ekonomik bir çerçeveye şekillendi*<sup>45</sup>.

Bahsedildiği gibi, pay sahibi önceliği modeli, genellikle *pay sahibi değeri maksimizasyonu (pay sahibi çıkarının en üst düzeye ulaştırılması)*'nda (*shareholder value maximisation*) ifade bulur<sup>46</sup>. Eğer pay sahiplerinin çıkarlarının karşılanması yatırım getirilerinin en üst düzeye çıkarılmasından geçtiği varsayımından hareket edilirse, pay sahibi değerini maksimize edebilmek için yöneticilere emir ve talimat verilmesi gerekir. *Smith ve Rönnergard*, bu durumun mutlaka kurumsal sosyal sorumluluğu (*corporate social responsibility*)<sup>47</sup> engellemediğini, fakat şarta bağlayabileceğini düşünmektedir. Yazarlara göre, pay sahibi çıkarını maksimize etmemiş bir pay sahibi önceliği modeli, kurumsal sosyal sorumluluğa dikkat edilmesini mutlak suretle engellemez; dolayısıyla pay sahibi önceliği olsun veya başka bir model olsun,

<sup>44</sup> Palladino, Lenore; "How to End Shareholder Primacy", **Progressive Review**, Vol. 26, Iss. 4, Spring 2020, pg. 321-327, s. 322.

<sup>45</sup> Palladino, s. 322.

<sup>46</sup> Smith/ Rönnergard, s. 64.

<sup>47</sup> Temel amacı karı maksimuma çıkarma ve giderleri minimuma indirme olan şirketlerde, iş insanlarının ilkeleri sürdürülebilmek için kamuoyuna ve kendilerine karşı birtakım sorumluluklarını tanıması gerekmektedir. Bu sorumlulukların yerine getirilmesi, etik ve sosyal sorumluluk davranışını oluşturur. Kurumsal sosyal sorumluluk kavramı, ahlak gibi, hakkı yanlıştan ayırıp doğru olanı yapmak anlamına gelmektedir. Kurumsal sosyal performansın sonuçları üç tipe ayrılabilir: "(1) firma tarafından sosyal konuları ve paydaşların çıkarlarını ele almak için geliştirilen politikalar, (2) sorumluluk ve/veya yanıt verme becerilerini uygulamak için kullanılan programlar ve (3) böyle bir davranışın motivasyonuna veya meydana geldiği sürece bakılmaksızın davranışının etkileri." Bkz. Tumay, Meltem; "Why Corporate Social Responsibility: A New Concept In The 21st Century", **Yönetim ve Ekonomi Dergisi**, C.: 16, S.: 2, 2009, ss. 63-72, s. 63, 64, 70. Kurumsal sosyal sorumluluğun bunun gibi pek çok tanımı yapılmışsa da Avrupa Birliği, geniş çapta yayılmış bir tanımını yapmıştır: "Sayesinde şirketlerin sosyal ve çevresel endişeleri iş faaliyetlerine entegre etmeleri ve paydaşlarla gönüllü olarak etkileşimlerini sağlandığı bir kavramdır. Bu, sosyal ihtiyaçları ele alabilmek için kolektif anlaşmalar yapan, asgari yasal gereksinim ve yükümlülüklerin ötesine geçmeyi düşünen işletmelerle ilgilidir.", kaynak: www.eur-lex.europa.eu, e.t.: 01.04.2020.

eğer pay sahiplerinin çıkarları öncelikli olursa, onların çıkarları şirketin hangi hedefi takip etmesi gerektiğine karar verecektir<sup>48</sup>.

## 2. Paydaş Önceliği Modeli ile Karşılaştırılması

Paydaş önceliği modeli, pay sahibi olmayan kimselerin (paydaşların) şirkette pay sahipleri kadar eşit derecede önemli paylara sahip olduğunu ve yönetim kurulu üyeleri ve yöneticilerin, karar verirken paydaşların çıkarlarına duyarlı olmaları gerektiğini savunan bir teoridir<sup>49</sup>. Bu tanıma karşılık, pay sahibi önceliği modeline göre, şirketin kar akışındaki kalıntıların ana talep sahipleri pay sahipleri olup şirket üzerinde nihai kontrole sahiplerdir ve yönetimin tek amacı, pay sahiplerinin servetini en üst düzeye çıkarmak olup yalnızca pay sahiplerine finansal açıdan faydalı olan faaliyetlerde bulunmaları gerekmektedir<sup>50</sup>.

Teorilerin yorumlanmasından da anlaşıldığı üzere, pay sahibi önceliği ile paydaş önceliği modelleri, kurumsal yönetim ile şirketin ekonomik istikrarı ve sürdürülebilirliği için izlemesi gereken amaç açısından birbirlerine zıt anlayışlardır. Bu iki model arasındaki farklılıklara şu şekilde değinilebilir<sup>51</sup>:

Pay sahibi önceliği modeli, Sözleşme Teorisi'ne; paydaş modeli ise, İmtiyaz Teorisi'ne dayanmaktadır. Pay sahibi önceliği 1980 yılında çıkmış olup günümüze kadar etkilerini sürdürmekte iken; paydaş önceliği fikri, 1990 yılında ortaya atılmış ve günümüzde halen devam etmektedir<sup>52</sup>.

---

<sup>48</sup> Smith/ Rönnegard, s. 64.

<sup>49</sup> Lan, L. L/ Heracleous, L.; "Rethinking Agency Theory: The View from Law", **Academy of Management Review**, 15(2), 2010, s. 298.

<sup>50</sup> Lan/ Heracleous, s. 298.

<sup>51</sup> Pay sahibi önceliği modeli ile paydaş önceliği modeline ilişkin verilen tartışmalar hakkında bkz. Kılıç, Harun; "The Legal Systems of Germany and USA Regarding Share- and Stakeholder Capitalism", *Journal of Social Policy Conferences*, Iss. 72, 2017/1, pg. 171-204, s. 177-179.; Lan/ Heracleous, s. 298.

<sup>52</sup> Hukuk literatüründeki savunucularına baktığımızda, pay sahibi önceliğinde, Easterbrook ve Fischel ile Coffee'i, paydaş önceliğinde ise Mitchell, Millon'ı görmekteyiz. Bkz. Kılıç, s. 177.

Pay sahibi önceliği modelinin kurumsal yönetim yapısının amacına bakıldığında, esasen vekâlet problemini, vekâlet ücretlerini azaltmak için bir araç tasarlayarak tanımlamak, yöneticilerin ve pay sahiplerinin çıkarlarını düzenlemek ve dolayısıyla pay sahiplerinin servetini en üst düzeye çıkarmak olduğunu görmekteyiz. Paydaş önceliği modelinde ise bu amaç, çeşitli kurumsal bileşenlerin farklı çıkarlarını göz önünde bulunduran ve dengeleyen bir yönetim yapısı tasarlamak olarak gösterilebilir.

Pay sahibi önceliğinde pay sahiplerinin konumuna bakıldığında, güçlü ve üstün buldukları, şirket üzerinde nihai kontrole sahip oldukları ve yönetimin onlara karşı sorumlu tutulduğu görülmektedir. Paydaş önceliğinde ise diğer paydaşların çıkarlarından yararlanabilecek bir şirket seçmeni sınıfı olarak bilinmekle beraber, pay sahiplerinin firmayı kendi yararlarına manipüle edebilecek deneyimli yatırımcılar olduğu ortadadır.

Pay sahibi önceliği modelinde yönetim kurulu üyelerinin rolüne bakıldığında, pay sahiplerinin vekilleri konumunda ve profesyonel yöneticilerin şirket girdileri ve kaynaklarından pay sahiplerinin aleyhine faydalanmasını önlemek için gözetim rolü üstlendikleri, paydaş önceliğinde ise yönetimin yardımıyla, pay sahibi olmayanlar da dâhil olmak üzere tüm paydaşların ihtiyaçlarını dengeleme görevini yerine getirmekte oldukları görülmektedir.

Son olarak, fiilen işi yöneten ve şirket ile ilgili işleri yapan kimse-leri kontrol eden yöneticilerin konumuna bakıldığında, pay sahibi önceliğinde pay sahiplerinin menfaatlerine önem vermesine karşın, yeri geldi mi kendi çıkarlarını da gözetebilme ihtimali bulunabilen bir gruba; paydaş önceliğinde ise şirket seçmenlerinin ihtiyaçlarını dengelemek için kurullara yardımcı olan bir gruba rastlanılmaktadır.

## **B. Amerikan Hukukundaki Uygulama**

### **1. Modelin Tarih İçindeki Yeri**

Amerika'da yaklaşık yirmi yıllık süreç içerisinde şirketler alanında önemli birtakım değişimler görülmüştür. 1990'ların başına kadar,

büyük Amerikan şirketlerinin yönetim kurulu üyeleri ile üst kademe-  
deki yöneticiler, kendilerini sadece öz sermaye yatırımcılarının değil,  
aynı zamanda müşterilere, alacaklılara, çalışanlara, tedarikçilere ve  
daha geniş bir topluma da hizmet etmesi gereken büyük ekonomik  
kurumların yöneticileri olarak görmüşlerdir<sup>53</sup>.

Dolayısıyla Amerika'da yirminci yüzyılın başlarında benimsenen  
"yönetimcilik (managerialism)" felsefesi, günümüzde eski ve verimsiz  
olarak görülmektedir<sup>54</sup>. Şu anda pek çok kamu şirketi, diğer tüm şirket  
hedeflerinden çok *pay sahiplerinin değerini en üst düzeye çıkarma*  
ilkesini ve bu ilkeyi vurgulayan pay sahibi merkezli bir kurumsal yö-  
netim vizyonunu benimsemektedir<sup>55</sup>.

Bu durumda yönetimcilik felsefesi, eski önemini yitirmiş ve pay  
sahibi önceliği, akademik anlamda ilk ilgileri üstüne çekmeyi başarmış-  
tır. Bu fikir, 1970'lerde Chicago serbest piyasa ve ekonomi bilimi  
okulunun yükselişi ile hukuk ve ekonomi hareketiyle başlamıştır.  
1970'te *Milton Friedman*, *New York Times Dergisi*'nde meşhur maka-  
lesini yayımlamış ve büyük şirketler gibi bir ticari işletmenin tek ger-  
çek amacının şirketin sahipleri, diğer bir deyişle pay sahipleri için kâr  
elde etmek olduğunu savunmuştur<sup>56</sup>.

---

<sup>53</sup> Stout, Lynn A., "The Toxic Side Effects Of Shareholder Primacy", **University of Pennsylvania Law Review**, Vol. 161, Iss. 7, June 2011), pg. 2003-2023, s. 2003-2004.

<sup>54</sup> Stout, s. 2004.

<sup>55</sup> Bildiğimiz gibi kamu şirketi (yani, profesyonel yönetim ve dağılmış pay sahipleri olan halka açık büyük şirket) Amerika'da ilk olarak yirminci yüzyılın başında ortaya çıkmıştır. O yüzyılın çoğu için pay sahipleri dağınık ve pasif kaldılar ve yönetim kurulları üzerinde çok az etkileri vardı veya hiç etkileri yoktu. 1932 yılında, Adolf Berle ve Gardiner Means "*sahiplenmenin kontrolden ayrılması*" modelini belgelemişlerdir. Dolayısıyla pay sahiplerinin kendi elleriyle müşterek olarak yönettikleri bir oluşumdan ziyade, kamu firmalarında kendi kendini seçebilen ve özerk olarak çalışabilen karar organları sıfatı ile yönetim kurulları meydana gelmiştir. Onlar pay sahibi değerini artırma fikrine ya da pay sahibi menfaatlerine, şirketteki diğer çıkar gruplarının (müşteriler, alacaklılar, çalışanlar ve yerel toplum gibi) menfaatlerine kıyasen herhangi bir öncelik tanımadılar. Pay sahiplerine şirket için önemli bir seçim çevresi muamelesi yapılırken, aslında önemli olan tek seçim çevresinin onlardan ibaret olmadığı ortadaydı. Bkz. Stout, s. 2004-2005.

<sup>56</sup> Stout, s. 2005.

1976 yılında *Michael Jensen* ve *William Meckling*, günümüzde hâlâ yönetim literatüründe en sık atıfta bulunulan akademik makale olan şirket teorisi hakkında etkili bir makale yayımlamıştır. *Jensen* ve *Meckling*, şirketlerdeki sorunun, şirket pay sahiplerinin çıkarlarına sadakatle hizmet verebilmek için profesyonel yöneticilere karşı (yazarlar bunu vekiller diye adlandırmaktadır) baskı kurmak olduğunu iddia etmiş ve bu durumu müdürlük (so-called principals) diye adlandırmıştır<sup>57</sup>. Yazarlar, "firma" ve "şirket" kavramlarını eş anlamlı olarak ele alıp, pay sahiplerini şirketin sahipleri ve kâr payını ilk talep edecek kişiler olarak varsayımlardır.

Ancak yakın zamanlarda davranışı yöneten kuralların yeniden yazımının pay sahibi önceliğini bitirmek için en iyi yaklaşım olduğuna inanan önde gelen şirketlerin başındaki iş insanları ile çok sayıda şirketler hukuku akademisyeni, pay sahibi önceliği modeline ilişkin desteklerin terk edilmesi konusunda bir araya gelerek önemli adımlar atmışlardır<sup>58</sup>. Dolayısıyla Amerika'da küresel ekonomiyi daha sürdürülebilir kılmak ve adil bir geleceğe taşıyabilmek için atılan adımlarla birlikte, pay sahibi önceliği teorisi yerine paydaş teorisi beklediği desteği bulmaya başlamıştır.

## **2. Etkilenilen Görüşler ve Davalar**

Pay sahipliği önceliği modeline ilişkin öğretilerdeki tartışmalar iki ana konu üzerinde yapılmıştır. Pay sahiplerinin yönetim ve kurumsal amaçlarda oynadığı roller bunlardan ilkidir. İkincisi ise pay sahibi önceliği ilkesinin, pay sahiplerinin sahip oldukları *serveti (wealth) en üst düzeye çıkarma (maksimize etme)* amacı doğrultusunda bir yönetim için oluşturulmuş yönetim kuruluna işaret etmesidir<sup>59</sup>.

---

<sup>57</sup> Jensen, Michael C. / Meckling, William H.; "Theory Of The Firm: Managerial Behavior, Agency Costs And Ownership Structure", **Journal Of Financial Economics**, Vol. 3, 1976, pg. 305-360, s. 309.

<sup>58</sup> Bu kimselerin çalışmalarına ilişkin ayrıntılı açıklamalar, ilerleyen bölümlerde verilmiştir.

<sup>59</sup> Rhee, s. 1952.

*Pay sahiplerinin servetini maksimize etme ilkesi*, bizleri şirketler hukuku sahasının temelini oluşturan “şirketin ve şirketler hukukunun amacı nedir?” sorusuna götürdüğü için önem taşımaktadır. Rhee’ye göre, bu sorunun geniş çerçevede ve tartışmasız yanıtı: Şirketlerin pay sahiplerine kâr kazandırabilmek için sosyoekonomik yasal yapılar oluşturması ve yeni varlıklar üretmesidir<sup>60</sup>.

Öğretideki görüşler, pay sahibi önceliğinin hukuki durumunun hala açıklığa kavuşturulamadığını ortaya koymaktadır. *Henry Hansmann* ve *Reinier Kraakman*, gözlemlenen bir konu olarak: “*Asıl mesele şu ki, hem mantığın hem de deneyimin bir sonucu olarak, fikir birliğinde bir yakınlaşma bulunmaktadır ve bunun için en iyi yol (ki bu yol toplu sosyal refah arayışından geçer) şirket yöneticilerinin pay sahiplerinin çıkarlarına ve en azından direk olarak sadece bu çıkarlara karşı güçlü bir şekilde hesap verebilir hale getirilmesidir.*” diyerek şirketler hukukunun nihai bir fikir birliğine ulaştığını iddia etmişlerdir<sup>61</sup>. Bu standart model; iş, yönetim ve yasal seçkin sınıfları tarafından geniş bir fikir birliği ile pay sahibi merkezli ideolojinin içselleştirilmesini yansıtır. Tartışma konularındaki problem, hukuki tartışma ve bu tartışmanın pay sahibi önceliğinin içselleştirilmesi ile olan ilişkisinin gözlemlenmesindeki eksikliklerdir<sup>62</sup>.

*Jonathan Macey*, özellikle Dodge-Ford davasını<sup>63</sup> analiz eden bir eserinde, bu davanın yasal bir etkisi olduğunu ve şirketler hukukunun

<sup>60</sup> Bkz. Rhee, s. 1952.

<sup>61</sup> Hansmann, Henry/ Kraakman, Reinier; “The End Of History For Corporate Law”, **Harvard Law School Cambridge**, Discussion Paper No. 280, 3/2000, p. 1-34, s. 10.

<sup>62</sup> Rhee, s. 1963.

<sup>63</sup> “*Dodge ve Ford davasındaki temel sorun, çoğunluk ve azınlık pay sahipleri arasındaki ilişkiyi temsil etmekte, bir sınıf olarak pay sahipleri ve yönetimi arasındaki ilişkiyi temsil etmemektedir, tıpkı pay sahibi önceliği iddiasının savunucuları gibi. Davada davacı olarak Dodge kardeşler, Ford Motor Company’de azınlık pay sahiplerini oluşturmakta, hisselerinin değerlerini maksimize etmek yerine amaçlarına hizmet eden ticari kararlar almak için yönetim kurulunun yetkisine meydan okumaktadırlar. Henry Ford’un etkisi altındaki kurul, şirketin üretim kapasitesini artırmak için yeni bir fabrika kurmak amacıyla pay sahiplerine yapılan kârdan pay alma/temettü ödemelerini durdurma kararı almıştır. Rakip bir otomobil üretim şirketinin kurucuları olarak Dodge kardeşler, bu hamlenin kendi rekabetçi ürünlerini oluşturma çabalarını devre dışı bırakmayı amaçlıyor olduğuna inanmışlardır. Dod-*

aslında ne olduğuna dair olumlu bir açıklama teşkil ettiğini savunmaktadır<sup>64</sup>. Macey, Dodge gibi davaların nadiren görüldüğünü, çünkü yöneticilerin, Ford'un iş adamı kararına itaat etmesinden daha iyi yetiştirilmiş ve gerçeği gizleme, görmezden gelmeye daha yatkın olduklarını açıklamaktadır<sup>65</sup>. Macey ve Rhee, pay sahibi önceliği kavra-

---

*ge'nun şirketi bir nevi "start-up(başlangıç)" idi, Ford binası tarafından ciddi şekilde zarar gören dünyanın en büyük otomobil üretimi tesisiydi. Davanın ardındaki nedenler, tamamen finansal veya tamamen "pay sahibi odaklı" değildi. Dodge kardeşler sadece Henry Ford'un azınlık pay sahipleri değil, aynı zamanda rakipleriydi. Davada politik olarak Ford oldukça açık sözlüydü ve girişimci hayatının başlangıcından beri, şirketinin amacının "Yapabildiğimiz kadar iyi, her yerde, ilgili herkes için ve bu arada para kazanmak için" olduğunu iddia ederek "pay sahibi odaklı ideolojiyi" açıkça eleştirmekteydi. Bu sözler gerekçe olarak gösterildi, mahkeme Dodge kardeşlerle anlaştı ve Ford'a sonunda söz konusu özel temettüleri ödemesini emretti. Ford açıkça paydaş yanlısı olduğu için, pozitif hukuktaki şirket politikası beyanının eksikliği ile birlikte yasayı çiğnemedi bu tür amaçlara ulaşabilirdi. Dodge kardeşler için kalan tek yol, mahkeme önünde azınlık pay sahibi haklarını talep etmesiydi.*

*Ford'un kurumsal yönetim konusundaki paydaş görüşü lehine yaptığı basın açıklaması nedeniyle, mahkemeler, çeşitli ilgili çıkarlar nedeniyle kararın zorlayıcı olduğuna/reddine karar verdiler. Mahkeme, söylenene daha fazla önem verirken, Michigan Yüksek Mahkemesi tüm çıkarları dengeledi ve daha geniş politika bağlamını göz önünde bulundurularak Ford Motor Company yönetim kuruluna temettü ödemesini emretti. Mahkeme böylelikle şunu kabul etmiştir: Öngörülen fabrikayı inşa etmek uzun vadede pay sahipleri için iyi olabilir, fakat bunun dağıtılmamış kazançlardan, yani yedek akçelerden finanse edilmemesi gerektiğine inanıyordu. Michigan Yüksek Mahkemesi, onlara şirketlerin asıl amacının kâr olduğunu söyleyerek bu davayı şirketler için bir kurumsal politika açıklaması yapmak adına kullandı. Bu hüküm, o zamandan beri şirketler için herhangi bir yol izlenmesi adına yasal bir gerekçe olarak kullanılmıştır.*

*Pay sahibi değeri yönelimi, refah elde etmenin ve ekonominin refahının bir yolu olarak yorumlandı. Michigan Yüksek Mahkemesi, temettü dağıtmaya ilişkin genel bir yükümlülük yaratmadı, saf pay sahibi maksimizasyonu paradigması altında olarak yorumlanabileceği gibi; pay sahibi kârını artırmak için net bir plan yapmak adına yalnızca stopaj dağıtımlarını kısıtladı. Bu karar, araçların düşük fiyatlı olması nedeniyle yeni fabrika inşa etmenin pay sahibinin karını attırmayacağı argümanına dayanmaktadır. O zamandan beri mahkeme; pay sahipleri için fazladan üretim yapılması yoluyla satılan miktarın yükselebileceği gerçeğinin ihmal edilmiş olması gerekçesiyle eleştirilmektedir"., davanın yorumu için bkz.: Mélon, Lela; **Shareholder Primacy and Global Business: Re-clothing the EU Corporate Law**, First Edition, Routledge, 2019, s. 23-25.*

<sup>64</sup> Macey, Jonathan R.; "A Close Read of an Excellent Commentary on Dodge V. Ford", **Virginia Law & Business Review**, Vol. 3, Spring 2008, Number: 1, pg. 177-189, s. 179-180.

<sup>65</sup> Bkz. Macey, s. 180. İş adamı kararı ilkesi, anonim şirket yöneticilerinin ticari takdire tabi olan durumlarda üstlenmiş oldukları riskler sebebiyle, bazı koşullar oluştuğunda iç ilişki açısından sorumluluktan kurtulmalarına imkân tanıyan bir



mını, *uygulama olmasa da bir yasal norm*, hız sınırını açıkça belirleyen bir sokak tabelası gibi görmektedir<sup>66</sup>. Bu görüş, asıl problemi, kuralın açık olmamasına değil, uygulamalarda eksiklik bulunmasına bağlamaktadır. Dolayısıyla pay sahibi önceliğinin uygulanamayacağını, zira Ford'un yaptığı gibi, yöneticilerin, gerçek niyetlerini ortaya çıkarmadıkları sürece, iş adamı kararı ilkesinin (business judgement rule) arkasına saklanabileceklerini ileri sürmektedir. Bu yüzden *Macey*, bir taraftan, aslında kâr maksimizasyonunun şirketler hukukunun içinde

---

hukuki kurumdur. Alman Paylı Ortaklıklar Kanunu'ndan hareket edilerek bu ilkenin tanımı ve unsurlarını belirlemek mümkündür. Düzenleme şu şekildedir (AktG. § 93/1,2): "*Yönetim kurulu üyesinin ticari bir karar alırken, yeterli bilgiye dayalı olarak şirket menfaatine uygun hareket ettiği makul olarak kabul edilebiliyorsa, herhangi bir yükümlülük ihlali söz konusu değildir.*" Amerikan hukukunda da oldukça sık uygulamaya konulan işadamı kararı ilkesi, mahkeme uygulamalarında özen yükümlülüğüne ilişkin hüküm verilmesini önemli derecede kısıtlamıştır. Zira bu ilkenin şartlarının oluşması ile birlikte mahkeme, özen yükümlülüğüne ilişkin herhangi bir incelemede bulunmamaktadır. Bilgi için bkz. Göktürk, Kürşat; "Amerikan, Alman, İsviçre ve Türk Hukukunda İşadamı Kararı İlkesi", **İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 2, S. 2, 2011, ss. 207-247, s. 207, 211, 224. Türk Hukukunda ise iş adamı kararı ilkesinin tam karşılığı kanunda yer almamakla birlikte, yönetim kurulu üyeleri ve yönetimde görevli üçüncü kişilere ilişkin özen ve bağlılık yükümlülüğünü ele alan 369. maddenin gerekçesinde bu kavramdan da söz edilmiştir. Gerekçede, "...*Tedbirli yönetici ölçüsü, yönetim kurulu üyesinin kurumsal yönetim ilkelerine uygun olarak "işadamı kararı" (business judgement rule) verilebileceğini kabul eder ve riskin bundan doğduğu hallerde üyenin sorumlu tutulmaması esasına dayanır. Genel kabul gören kural uyarınca, duruma uygun araştırmalar yapıp, ilgililerden bilgiler alınıp yönetim kurulunda karar verilmişse, gelişmeler tamamen aksi yönde olup şirket zarar etmiş olsa bile özensizlikten söz edilemez. Bu kurallar 553'üncü maddenin üçüncü fıkrasında yer alan hukuk kuralı ile somuta bağlanmıştır. ...*" ifadesi yer almaktadır. Dolayısıyla bizim hukukta bu ilkeyi somutlaştıran m. 369 ile 553/3 hükümlerinin yorumlanması gerekmektedir. Yargısal kararlara bakıldığında, bu ilkenin unsurları açısından net bir ölçüt konulmadığı anlaşılmasına karşın, ilgili kimselerin görevlerini yerine getirirken yeterli bilginin toplanılması, şirket menfaatinin gözetilmesi ve çoğunlukla dürüstlük kuralı çerçevesinde ticari kararların himayesi ölçütlerine yer verildiği görülmektedir. İlgili kararlar ve ayrıntılar için bkz. Göktürk, s. 235-237 ve 237'deki dn. Daha geniş bir tabirle, yönetim kurulu üyelerinin almış oldukları kararın business judgement rule kapsamında değerlendirilebilmesi için; gerekli ve yeterli düzeydeki bilgi kaynaklarının kullanılması, işletme faaliyetinin konu alınması, dış etkilere uzak hareket edilerek özel menfaatler yerine şirket çıkarının gözetilmesi gerekir. Bkz. Kervankıran, Emrullah; **Alman Hukuku'nda Business Judgement Rule'nin Kodifikasyonu-Türk ve Amerikan Hukuku ile Karşılaştırmalı Bir Değerlendirme**, Prof. Dr. Hüseyin Ülgen'e Armağan, C. 1, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2007, s. 255.

<sup>66</sup> Rhee, 1965.; Macey, s. 180.

bulunduğunu, ama aynı zamanda bir norm niteliğinde olduğunu söylemektedir<sup>67</sup>.

Bir başka eserde, Delaware Yüksek Mahkemesi'nin başkanı *Leo Strine*, pay sahibi önceliğini normatif bir perspektiften savunmuştur. Bu makale iki açıdan dikkat çekicidir:

Bunlardan ilki, *Milton Friedman*'in kâr maksimizasyonu konusundaki ünlü manifestosuna vurgu yapmasıdır. *Strine*, şirketler hukukunun aynı zamanda yöneticilerin, sadakat görevi gereği pay sahipleri için kârı en üst düzeye çıkarma amacına ulaşabilmesi yönünde bir iyiniyet stratejisi izlemesinin gerekliliğini vurgulamaktadır<sup>68</sup>.

Pay sahibi servetinin maksimizasyonu ve sadakat görevi, şirketler hukuku uygulaması açısından ciddi bir meseleyi teşkil etmektedir, zira yöneticinin bu görevleri ihlaline karşı açılan parasal tazminatlar, mazur görülmemektedir<sup>69</sup>. *Strine*, yönetsel otoritenin önceliğinden söz ederek, yöneticilerin, bu hedefe en iyi nasıl ulaşacağına ve uygun zaman dilimine karar vermeye dair bir kontrol değişikliği bağlamı dışında önemli ölçüde takdir yetkisine sahip olduklarını düşünmektedir<sup>70</sup>. *Rhee*, bu tür yorumun, aslında kârı maksimize edememe durumunda yönetim otoritesini kural yaptırımına tabi tutmadaki anlamsızlığı örtülü olarak kabul ettiğini ifade etmektedir<sup>71</sup>.

Nitekim 1994 yılında yayımlanan Amerikan Hukuk Enstitüsü Kurumsal Yönetim İlkeleri, aynı zamanda yöneticilerin pay sahibi önceliği modelinin görünen ilkelerinin ötesinde hareket etmeleri için hatırı sayılır ölçüde özgürlük sağlamıştır<sup>72</sup>. Bölüm 2.01'de şu hususlar üzerinde durmuştur: "*Kurumsal kâr ve pay sahibi serveti artırılmaz ise de şirket işini yürütürken; (1) gerçek kişi ile aynı ölçüde, yasada belirlenen*

<sup>67</sup> Yazar, bu modeli hem bir norm hem de bir yasa olarak görmektedir. Bkz. Macey, s. 179.

<sup>68</sup> Strine, Leo E.; "Our Continuing Struggle With The Idea That For-Profit Corporations Seek Profit", **Wake Forest Law Review**, Vol. 47, 2012, pg. 135-172, s. 155.

<sup>69</sup> Açıklamalar ve ayrıntılı bilgi için bkz. Rhee, s. 1965.

<sup>70</sup> Strine, s. 155.

<sup>71</sup> Rhee, s. 1965.

<sup>72</sup> Smith/ Rönnegard, s. 467.

sınırlar içinde hareket etmekle yükümlüdür (2) Sorumlu şirket yönetimi için oldukça uygun görülen etik hususları dikkate alabilir (3) kamu yararına, insani, eğitici ve hayırsever amaçlar adı altında makul miktarda kaynaklar tahsis edebilir.” Bu uzlaşma belgesi, Amerika’daki mahkemeler tarafından düzenli olarak alıntılanmakta ve güven duyulmaktadır<sup>73</sup>.

Yine bir başka görüş olarak, pay sahibi değeri yönelimini, refah elde etmenin ve ekonominin refahının bir yolu olarak yorumlayan Michigan Yüksek Mahkemesi’nde:

“...Bir işletme şirketi, pay sahiplerinin kârı için (profit for stockholders) öncelikli olarak örgütlenir ve sürdürülür. Yöneticilerin yetkileri bu amaçla istihdam edilecektir. Yöneticilerin takdir yetkileri, bu amaca ulaşmak için yöntem seçiminde kullanılmalıdır ve sonunda kendinde bir değişikliğe, kârların azaltılmasına veya kârın pay sahipleri arasında diğer amaçlara tahsis edilmesi amacıyla dağıtılmamasına kadar genişletilmemelidir...”

şeklinde bir karar yer almaktadır<sup>74</sup>.

İkinci olarak *Hansmann* ve *Kraakman*’ın makalesinde olduğu gibi, pay sahibi önceliği hususunda sürekli yasal bir iddiada bulunulmadığından dolayı *Strine*’in makalesinin de dikkate değer olduğu düşü-

<sup>73</sup> Smith/ Rönnegard, s. 467

<sup>74</sup> Bu yorumu, Amerika’nın kurumsal hukuk politikasının ve yasal otoritesinin bir dayanağı olarak görmek tartışmalıdır. Yorum, bazı temel sorunları gündeme getirmekte ve pay sahibi önceliği ilkesinin meşruiyetini sorgulamaktadır. Davanın neredeyse yüz yaşında olmasının yanı sıra, Michigan eyaletinin kendisi Amerikan şirket hukukunda başka şekilde etkili değildir. Ayrıca alıntı yapılan mahkemenin ifadesi, bir hakim tarafından resmi olmayarak ileri sürülen fikri, mahkemede dava konusu dışında verilen ek bilgiyi (obiter dicta) teşkil etmektedir. Oysa davadaki asıl holding, çoğunluk pay sahiplerinin azınlık pay sahiplerine yönelik vekâlet görevlerini daha dar gerekçelerle savunulmuştur. Diğer şirket davaları, konuyla ilgili içtihadı ilerletmek adına bu kararı alıntılanmamıştır. *Dodge v Ford Motors* davasına, Amerikan Birleşik Devletleri ikincil literatüründe 800’den fazla alıntı yapılmıştır; fakat federal mahkemeler ve sonraki eyaletler için sadece altmış sekiz kez, Delaware vakalarında sadece üç kez kullanılmış ve hiç kurumsal amaçlı kritik bir meselede kullanılmamıştır. Davalar, *Dodge* ve *Ford Motors*’a nazaran, Delaware’ın kurumsal amaçlardaki içtihadının bir parçasıdır. Bkz. Melon, s. 25.

nülmektedir<sup>75</sup>. *Strine*'in Dodge ve eBay'den bahsedip bunu tartışmakta, ancak bu tartışma, pay sahibi önceliği ile ilgili akademik literatür tarafından desteklen politika yüklü bir iddiayı noktalamaktadır<sup>76</sup>.

Nitekim pay sahibi önceliğinin yasal statüsünün tartışılabilirliği, *Lynn Stout* ve *Stephen Bainbridge* arasında yapılan popüler bir medya tartışmasında da ortaya konulmuştur. *Stout*, şirketler hukukunun kârı en üst düzeye çıkarmayı *yasal bir görev olarak şart koşmadığını* iddia etmektedir<sup>77</sup>. Ancak *Bainbridge*, pay sahibi önceliğinin Dodge'den bu yana *yasa (law) haline geldiğini* savunmaktadır<sup>78</sup>. *Rhee* ise pozitif hukuktaki temel sorunun, aslında bu iki isim yapmış yazarın konumlarının, ilk görünüşte birbirine zıt olmasına bağlamakta, bu zıtlığın probleme yol açtığını düşünmektedir<sup>79</sup>.

*Smith* ve *Rönnegard*, pay senetlerinin genel olarak pay sahiplerine oy hakkı vermesinden dolayı, bu hakkın onlara yönetim kurulunu seçme ve azletme yetkisini verdiğini düşünmekte, dolayısıyla şirketin yönetim kurulu üyelerinin pay sahiplerinin çıkarlarını temsil eden bir vekil gibi hareket ettikleri ve görevlerini yerine getirmezlerse azledilebileceklerini belirtmektedir<sup>80</sup>. Bu görüş, pay sahiplerinin, bir müvekkil-vekil ilişkisinin yasal nitelendirmesi açısından doğrudan bir kontrol türüne sahip bulunmadıklarını, ancak bu nitelendirmenin daha genel olarak yapılması için yeterli dolaylı kontrole sahip olduklarını savunmaktadır. Dolayısıyla *Smith* ve *Rönnegard*, pay sahiplerinin yönetim kurulunu seçme ve ücretlerini belirleme hususlarındaki oy kullanma haklarının yasal gücünün, pay sahibi önceliği modelini mahkemede savunulması gereken bir hukuk ilkesi olarak değil, sosyal

---

<sup>75</sup> Rhee, s. 1965-1966.

<sup>76</sup> Bkz. Strine, s. 146-155.

<sup>77</sup> Stout, Lynn; "Corporations Don't Have to Maximize Profits", **The New York Times**, April 16/2015, kaynak: [www.nytimes.com/](http://www.nytimes.com/), e.t.: 01.04.2020.

<sup>78</sup> Bainbridge, Stephen; "A Duty to Shareholder Value", **The New York Times**, April 16/2015, kaynak: [https://www.nytimes.com](https://www.nytimes.com/), e.t.: 01.04.2020.

<sup>79</sup> Rhee, s. 1966.

<sup>80</sup> Smith/ Rönnegard, s. 468.

bir norm olarak devam ettirmeye yardımcı olduğunu iddia etmektedir<sup>81</sup>.

Özel sektör liderleri, en iyi değişikliklerin şirketlerin gönüllü olarak yaptıkları değişiklik olduğunu iddia etmektedirler<sup>82</sup>. Geçtiğimiz yılda çok büyük sermayeli Amerikan şirketleri toplu olarak yeni bir şirketin amacına ilişkin beyan sözleşmesini imzalamıştır<sup>83</sup>. Beyan, hem tüm paydaşlara (müşteriler, çalışanlar, tedarikçiler, topluluklar dâhil) karşı temel bir taahhüdü paylaşmak adına hem de pay sahipleri için uzun vadeli değer üretmek adına oluşturulmuştur.

İlk olarak teklif, yönetim kurulu üyelerinin kararlarını verirken, bu kararların pay sahiplerinin yanı sıra çalışanlar, müşteriler, tedarikçiler ve daha geniş kitleler olmak üzere, birden fazla paydaş grubunun üzerindeki etkisini de açıkça göz önünde tutmaları gerektiğini konu almaktadır<sup>84</sup>.

Görülmektedir ki pay sahibi önceliği, yönetim kurulu odaları içinde kırk yıldır baskın bir ideoloji olmasına rağmen, bu modelin yasadaki yeri hususunda şüpheler bulunmakta ve "olumsuz dışsallıklar" için ödeme yapmak zorunda olan diğer paydaşların varlığını (işçiler, toplumda yaşayan insanlar,...) tamamen yok saymaktadır<sup>85</sup>. Dolayısıyla birtakım reformlarla birlikte pay sahibi önceliği modeli terk edilmeye çalışılmaktadır.

---

<sup>81</sup> Smith/ Rönnegard, s. 469.

<sup>82</sup> Palladino, s. 323.

<sup>83</sup> Business Roundtable (2019) Statement on the Purpose of the Corporation, Kaynak: <https://opportunity.businessroundtable.org/wp-content/uploads/2019/12/BRT-Statement-on-the-Purpose-of-a-Corporation-with-Signatures.pdf>, erişim tarihi: 02.04.2020.

<sup>84</sup> Palladino, s. 325.

<sup>85</sup> Palladino, s. 322.

## **C. İngiliz Hukukundaki Uygulama**

### **1. Modelin Tarih İçindeki Yeri**

Pay sahibi önceliği modeli ilk olarak, Amerika'nın yanında İngiltere'nin de kullandığı ortak hukuk (common law) sistemlerinde görülmüştür<sup>86</sup>. Zira bu sistemlerde, şirket faaliyetlerinin temel hedefi olarak pay sahibi değerinin maksimizasyonu yaygın kabul görmektedir<sup>87</sup>.

Burada cevaplanması gereken soru, pay sahibi önceliğinin 2006 Şirketler Yasası öncesinde İngiliz şirketler hukukunda yasal bir norm oluşturup oluşturmadığıdır. Karışıklığın, ortaklık ilkelerinin (partnership principles) şirketler hukukuna tarihsel olarak uygulanmasından kaynaklandığı düşünülmektedir<sup>88</sup>. Pay sahibi önceliğinin sonucu olarak yönetim kurulu üyelerine, pay sahiplerine adeta şirketin kendisiymişçesine hesap vermekle yükümlü birer vekil (trustee) muamelesi yapılmaktaydı. Bu görüş, pay sahiplerine şirket ile eşanlımlı muamele eden on dokuzuncu yüzyıl ortaklık ilkelerinden türetilmişti. İngiliz şirketler hukukunun kökeni, ortaklık (partnership) hukukundan on dokuzuncu yüzyıl anonim şirket hukukuna kadar uzanmış ve bu yüzyılın ikinci yarısına kadar, anonim şirket hukuku, ortaklık yasasının bir tamamlayıcısı olarak muamele görmüştü. On dokuzuncu yüzyılda, anonim şirketlere ortaklık hukukunun tamamlayıcısı muamelesinde bulunulurken, pay sahipleri, iş ortakları olarak, şirket varlıklarının sahibi şeklinde görülmüş ve onların şirketin kontrol ve yararına ilişkin yetkilerinin işletme için gerekli ve yasaya uygun olduğu belirtilmişti<sup>89</sup>. Ancak bu yüzyılın son dönemlerinde, İngiliz şirketler hukukunda yeni yasalarla birlikte değişiklikler yapılmış ve böylelikle diğer menfaat sahipleri lehine, Amerikan uygulamasından daha farklı bir yol izlenmiştir.

---

<sup>86</sup> Smith/ Rönnegard, s. 465.

<sup>87</sup> Collison, David/ Cross, Stuart/ Ferguson, John/ Power, David/ Stevenson, Lorna; **Shareholder Primacy in UK Corporate Law: An Exploration of the Rationale and Evidence**, ACCA, London 2011, s. 7.

<sup>88</sup> Mukwiri, Jonathan; "Myth Of Shareholder Primacy In English Law", **European Business Law Review**, Vol.: 24, Iss. 2, 2014, pg. 217-241, s. 219.

<sup>89</sup> Mukwiri, s. 219.

Pay sahibi önceliğinin detaylı analizi yapıldığında, bu konuda İngiltere ile Amerika arasında bir ayırım yapılması, iki sistemin de önemli ölçüde farklılık gösterdiği gözlemlendiğinden bir gerekliliktir. Zira pay sahiplerini doğrudan şirketin sahibi olarak görme fikri, zamanla İngiliz şirketler hukukuna yabancı hale gelmiştir. Bu durum, kendini özellikle Amerika’da pay sahibi değeri maksimizasyonunun radikal hale geldiği dönemlerde, İngiltere’de şirkette pay sahibi bulunmayan paydaş çıkarlarının da dikkate alınması gerektiğini içeren *aydınlanmış pay sahibi yaklaşımı (enlightened shareholder approach)* diye adlandırılan bir kavramın ortaya atılmış olmasında gösterir<sup>90</sup>.

Örneğin İngiltere’de 2006 Şirketler Yasası öncesinde, pay sahibi önceliğinin pozitif bir hukuk meselesi olmadığı ve aynı zamanda paydaş oryantasyonunu da içermediği düşünülmekteydi<sup>91</sup>. Daha sonradan açık bir şekilde yöneticilere, birçok paydaşın çıkarlarını dikkate alması gerektiği yönünde bir yasa yapılması öngörülmüştür. 1985 Şirketler Yasası, yönetim kurulu üyelerinin şirket için görevlerini yerine getirirken şirket çalışanlarının çıkarlarını da dikkate almak zorunda olduklarına işaret etmiş ve bunun şirkete karşı borçlu olduğu bir vekâlet görevi gibi kabul edilmesi gerektiğini vurgulamıştır<sup>92</sup>. Ancak kurulların görevini yerine getirirken, pay sahiplerinin yanında işçilerin çıkarlarını da dikkate almasını öngören 1985 tarihli Şirketler Yasası’nda, çalışan temsilcilerine bu hakkı uygulamak için yasal bir taraf ehliyeti verilmemiştir<sup>93</sup>. Ayrıca 2006 Şirketler Yasası yürürlüğe girmeden önce, 2005 senesinde ve 1985 Şirketler Yasası altında tanımlanan *zorunlu çalıştırma ve finansal denetleme* de 8 ay sonra yürürlükten kaldırılmıştır<sup>94</sup>.

<sup>90</sup> Mélon, s. 17.

<sup>91</sup> Mukwiri, s. 221.

<sup>92</sup> Bkz. Companies Act 1985, Part IX: A Company’s Management; Directors and Secretaries; their Qualifications, Duties and Responsibilities, Section: 309. Kaynak: <http://www.legislation.gov.uk/>, e.t.: 06.04.2020.

<sup>93</sup> Mélon, s. 18.

<sup>94</sup> Rowbottom, N./ Schroeder, M. A. S.; “The Rise And Fall Of The UK Operating And Financial Review” **Accounting Auditing & Accountability Journal**, Vol.: 27, Iss.: 4, April 2014, pg.: 655-685, s. 667.

Daha sonradan 2006 Şirketler Yasası'nın bir bölümünde (Section 172/1), *aydınlanmış pay sahibi değeri* kavramı, yöneticilerin şirketin başarısını artırmada dikkate almaları gereken detaylı olmayan faktörlerin listesi ile birleştirilmiştir. Hükümde, basitçe mevcut yasa ve modern şirketler uygulamaları yansıtılmış ve kurumsal sosyal sorumluluk için bir rehberlik sağlanmıştır. Bu hükümde, yönetim kurulu üyelerinin ayrıca tedarikçiler, müşteriler, topluluk ve çevre gibi diğer paydaşların çıkarlarını da dikkate alması gerektiği düzenlenmiştir<sup>95</sup>. Dolayısıyla yönetim kurulu üyelerine hala sadece pay sahiplerine karşı vekâlet görevleri olduğu halde, artık daha geniş bir paydaş çevresinin çıkarlarını da göz önünde bulundurma yükümlülüğü getirilmiştir<sup>96</sup>.

Bu gelişmelerle birlikte İngiltere'de, yöneticilerin pay sahibi olmayanların çıkarlarını dikkate alma kararına getirilen yasal kısıtlamalar önemli ölçüde ortadan kaldırılmış, pay sahibi önceliği modeli iş adamı kararı ilkesi ve son yasal hükümler tarafından yumuşatılmış, yöneticilerin karar almalarında pay sahibi olmayan paydaş gruplarını da gözetmelerine açıkça izin verilmiştir<sup>97</sup>.

Dolayısıyla bugün İngiltere şirketler hukukunda, şirketin çıkarlarına karşı iyiniyetle hareket eden yöneticilere yönelik yasal bir ilke

---

<sup>95</sup> Bkz. Companies Act 2006, değişen yasa maddesi: Section 172/1. Bu maddeye göre, bir şirketin yönetim kurulu üyesi, iyiniyetle hareket ederek, daha çok üyelerinin bir bütün olarak yararına olacak şekilde şirketin başarısını teşvik etmelidir. Bunu yaparken de (diğer hususların yanı sıra), herhangi bir kararın uzun vadede muhtemel sonuçlarını, şirket çalışanlarının çıkarlarını, şirketin tedarikçiler, müşteriler ve diğerleriyle olan ticari ilişkilerini geliştirme ihtiyacını, şirket faaliyetlerinin topluluk ve çevre üzerindeki etkisini, şirketin yüksek standartlarda iş yapmasını koruması konusundaki isteğini ve şirket üyeleri arasında adil davranma ihtiyacını gözetmesi ve koruması gerekmektedir. Kaynak: <http://www.legislation.gov.uk/>, e.t.: 06.04.2020.

<sup>96</sup> Smith/ Rönnegard, s. 467.

<sup>97</sup> Smith/ Rönnegard, s. 467. Sonuçta 2006 tarihli Şirket Yasası ile birlikte, bir yönetim kurulu üyesinin düşünürken iyiniyetle hareket etmesi gerektiği düzenlenmiştir. Bu durum da yönetim kurulu üyelerinin pay sahipleri yanında ayrıca çalışanlar, topluluk ve çevre dahil olmak üzere bir dizi diğer menfaati "dikkate alması" gerektiğini ortaya çıkarmaktadır. Böylece bu yöntem, büyük olasılıkla şirketin bir bütün olarak üyelerinin yararını gözetmesindeki başarıyı destekleyecektir. Bkz. Collison/ Cross/ Ferguson/ Power/ Stevenson, s. 7.



geçerli olup, şirket hukukunda pay sahibi önceliği kavramının yeniden kavramsallaştırılması, zorunlu yasal bir ilke olarak belirlenmesi hususu tartışmaya açık bir şekilde yeniden gündeme gelmektedir<sup>98</sup>. Bu ilke altında, kurullar, pay sahiplerinin çıkarlarının daha iyiye taşınması için farklı paydaşların rekabet eden çıkarlarını dengeleyebilmektedir.

## 2. Etkilenilen Görüşler ve Davalar

Pay sahibi önceliği ve buna bağlı olarak pay sahibi maksimizasyonu konuları, İngiltere bağlamında, 2006 Şirketler Yasası'nın ortaya çıkmasına kadarki süreçte açıkça ele alınmıştır. Bu süreç, Mart 1998'de başlayan, Haziran 2001'de nihai raporu yayınlanan ve yeni yasanın Kasım 2006'da yasalaşmasına kadarki çeşitli meclis aşamalarında da devam etmiş olan Şirket Hukukunun Gözden Geçirilmesi'ni (Copany Law Review (CLR)) içermektedir<sup>99</sup>. CLR'de, *şirketlerin kimlerinin çıkarlarına göre yönetilmesi gerektiği* sorusu, bir nevi merkez sorusu olarak ele alınıp, buna ilişkin açıklamalarda bulunulmuştur.

Bu nedenle, CLR raporunda açıklanan araştırma projesinin amacı, İngiltere'de geleneksel iş hedefi için pay sahibi değeri maksimizasyonunun mantığı incelemektir. Proje, 2006 Şirketler Yasası'na yol açan ve pay sahibi önceliğinin İngiltere şirketler hukukunun temel ilkesi olarak sürdürüleceğini belirleyen, İngiltere'deki CLR sürecinin ilgili yönlerinin bir analizini içermektedir. CLR'de asıl soru olarak gündeme getirilen "*Şirketler kimin menfaatine göre yönetilmeli?*"ye cevap olarak iki alternatif ortaya koyulmuştur. Bunlardan biri pay sahibi önceliğine, diğeri de bir dizi paydaşın çıkarlarını dengelemeye dayalıdır. Bu

<sup>98</sup> Mélon, s. 17-18.

<sup>99</sup> Bu araştırma projesinin kapsamını, 2006 Şirketler Yasası ile sonuçlanan sürecin incelenmesi ve sonuçlarının değerlendirilmesi oluşturmaktadır. Kullanılan yöntemler, ilgili belgelerin gözden geçirilmesini; CLR'nin iş ortamındaki kapsamının incelenmesi içermekte ve CLR Yürütme Kurulu'nun (CLRSG: CLR Steering Group) üyelerini, diğer CLR çalışma gruplarının üyeleri ve payları borsada kote edilen şirketlerin yönetim kurulu seviyesinde deneyimi olan kişileri de içeren bir dizi ilgili tarafla yapılan görüşmeleri de kapsamaktadır. Bkz. Collison/ Cross/ Ferguson/ Power/ Stevenson, s. 7.

iki alternatif, *aydınlanmış pay sahibi değeri* ve *çoğulculuk* olarak tanımlanmıştır<sup>100</sup>.

CLR'de taraflarla yapılan görüşmelerde bazı kişiler, yasal ifadelerin yönetim kurulu üyelerinin görevleri üzerindeki önemini sorgulamış ve Amerika ve İngiltere'de pay sahibi değeri söylemlerinin, yasal gerekliliklerden ziyade, finansal piyasalardan kaynaklanan baskıların bir sonucu olduğunu kaydetmişlerdir. Bu nedenlerden dolayı, pay sahibi önceliği yasal çerçevesinin, kendisini özellikle üst düzey yönetici ücretleri ve mali krizde tek bir finansal ölçüye vurgu yapan *finansallaşma* olgusunu içeren *pay sahibi değer söylemine* bıraktığı düşünülmüştür<sup>101</sup>.

CLR'nin, yönetim kurulu üyeleri için temel hedefin, pay sahiplerinin en iyi çıkarları doğrultusunda şirketin başarısını sağlamak olması yönündeki sonucu, pay sahibi önceliği için açık bir destek olmuştur<sup>102</sup>. Ortaya çıkan 2006 Şirketler Yasası, yönetim kurulu üyelerinin iyiniyetle hareket ederek büyük olasılıkla şirketin başarısını bir bütün olarak üyelerinin yararına desteklemesini ve bunu gerçekleştirirken ayrıca çalışanlar, topluluk ve çevre de dahil olmak üzere bir dizi diğer menfaati bulunanların çıkarlarını da dikkate almaları gerektiğini vurgulamaktadır<sup>103</sup>.

CLR gibi yasal çalışmalara ilişkin fikirlerin yanında, pay sahibi önceliği modelinin ve pay sahibi değerinin fikirselleştiklerini içeren tartışmalara, tarihsel ve genel olarak bakıldığında, önde gelen birta-

<sup>100</sup> Bkz. Collison/ Cross/ Ferguson/ Power/ Stevenson, s. 5.

<sup>101</sup> Collison/ Cross/ Ferguson/ Power/ Stevenson, s. 6.

<sup>102</sup> "Pay sahiplerinin korunması için tasarlanan yasaların sadeleştirilmesi ile ilgili olarak Gözden Geçirme Grubu, tüm kısıtlama ve yasakların pay sahiplerinin rızasıyla geçersiz kılınabilmesi gerektiğini kabul eder. Yasal olan belirli bir hareket tarzı için oybirliği ile pay sahibi desteği varsa, sadece pay sahiplerini korumak için tasarlanmış yasal ve ortak hukuk kurallarının bir kenara bırakılması için her türlü gerekçe vardır.", kaynak: CLRSG 2001, <http://www.clrg.org/>, e.t.: 14.04.2020, s. 41.

<sup>103</sup> Bkz. 2006 Şirketler Yasası, 10. Bölüm, 172/1. kaynak: <http://www.legislation.gov.uk/>, e.t.: 15.04.2020.

kım yazarların iki geleneği birbirinden ayırdığı ve bu teorilere göre fikir ortaya attıkları görülmektedir<sup>104</sup>:

Bunlardan ilki, 1920'lerden 1930'lara kadar hüküm sürmüş gelir sahibi ve finansör ikilisine ilişkin getirilen *reformcu liberal kolektivist eleştirisidir*. Bu düşünce, sahiplenme ve kontrolün ayrılması<sup>105</sup> sonucu pay sahibinin yasal durumunu ve mülkiyet haklarının pasif sahiplere yayılıp yayılmayacağını göz önünde tutmaktadır. *Berle ve Means'in The Modern Corporation and Private Property* isimli çalışmalarındaki katkıları, her ne kadar tek başına ortaya çıkmamış olsa da sık sık bu geleneğin taslak metni, yani ilham kaynağı olarak tanımlanmıştır.

İkincisi ise 1980'lerde *vekâlet teorisinin* ortaya çıkışıdır. Daha önce de belirtildiği gibi, vekâlet teorisinin bakış açısı, pay sahibinin önceliğini yeniden tesis etmeyi amaçlamasıdır. Özellikle *Jensen ve Meckling* (1976) ve *Fama'nın* (1970, 1980) çalışmaları ile ilişkilendirilse de, *Coase* (1937, 1960), *Demsetz* (1967), *Alchian* (1965, 1969) ve *Manne'nin* (1962, 1965) önceki katkıları, bu geleneğin gelişimi için çok önemli olmuştur.

Liberal kolektivist eleştiriye bakıldığında, 1930'ların başında *Adolf A. Berle* ve *E. Merrick Dodd* arasında, yönetimin rolü ve pay sa-

---

<sup>104</sup> Açıklanan iki teoriye (liberal kolektivist eleştiri ile vekâlet teorisi) ilişkin, aşağıda verilen örnekler ve ayrıntılı açıklamalar hakkında bkz. Collison/ Cross/ Ferguson/ Power/ Stevenson, s. 12.

<sup>105</sup> Sahiplenme ve kontrol ayrımı (separation ownership and control) ve pay sahibinin sahiplenmesi (the shareholder ownership) de üzerinde durulması gerekli bir diğer husustur. Zira pay sahibi önceliği modeli için gerekli argümanlardan birisi de pay sahibinin sahiplenmesiydi. Hukukçu olmayan çevre, pay sahiplerini şirketin sahipleri gibi görmekteydi ve bu bakış açısı aslında batı kapitalizmi öğretisinin bir temeliydi. Ayrıca, şirket hukukunun "... pay sahiplerinin şirketin sahibi olduğu ve yönetim kurulu üyelerinin ise sadece şirketi işlettiği..." ilkesinin unutulduğu da ileri sürülmekteydi. Bu görüş, İngiltere Cadbury Komitesi raporunda bu komite tarafından da kabul edilmiştir. Pay sahibinin sahiplenmesi ilkesi, ekonomi çevresi açısından sıklıkla desteklenmektedir. Genel olarak, şirketin sahiplerinin, yani kontrol haklarının belirlenmesi koşulunu yerine getirmek için temel bir kriter vardır. Pay sahiplerinin bu haklara sahip olduklarını kanıtlamaları durumunda, şirketin sahibi oldukları ve dolayısıyla şirketin, pay sahiplerinin çıkarlarını gözetmesi gerektiği yönünde şüphe olmayacaktır. Kaynak: www.lawteacher.net, e.t.: 13.04.2020.

hiplerinin bilinen karşılıklı hakları (celebrated exchange rights) ile ilgili modern görüşler söz konusu olabilmektedir.

Macintosh şunu ifade etmektedir<sup>106</sup>: “*Berle bir şirketin yönetiminin sadece pay sahiplerine karşı sorumlu tutulabileceğini savundu. Oysa Dodd, şirketlerin faaliyet gösterdikleri kimseler ve kendi pay sahipleri olmak üzere her iki topluma karşı sorumlu olduğunu ele almıştır.*”

Pek çok açıdan, bu öncü kişiler tarafından önerilen çözümler, bugün literatüre nüfuz eden pay sahibi ile paydaş tartışmalarının habercisi olarak görülebilir<sup>107</sup>. *Macintosh*, bu akademisyenler tarafından önerilen farklı çözümlere rağmen, kendilerinin analizlerini destekleyen varsayımların birbirleri ile oldukça uyum içinde olduğunu ifade etmektedir<sup>108</sup>.

Özellikle *Berle* ve *Dodd*, şirket yönetiminin sahiplenme ve kontrolün ayrılmasına yol açtığını kabul etmiştir ve bunun da şirketlerin yasalarca sorumlu tutulmasını ve yönetimin eylemlerinin şirket ile çıkar ilişkisi bulunan kişiler tarafından kontrol edilmesinin gerektiğini söylemiştir<sup>109</sup>. *Dodd*, şirketin kuruluşun sonra ayrı bir tüzel kişilik haline gelmesinden dolayı pay sahiplerinin toplanması olarak değerlendirilemeyeceğini, bu nedenle yönetim kurulu üyelerine, pay sahipleri için vekil olmak yerine şirket için vekil olmalarını göz önünde tutmaları tavsiyesinde bulunmuştur. Bu bağlamda, şirketlerin geniş sosyal sorumlulukları olan ekonomik kurumlar olduklarını ve bu nedenle topluma karşı sorumlu tutulmaları gerektiğini savunmuşlardır. Benzer şekilde yönetimin sorumsuzluğu ile ilgili olsa da *Berle*, çözümün yönetimin pay sahiplerine verdiği vekâlet görevlerinin güçlendirilmesinde yattığını savunmuştur. *İreland*, *Berle'nin* düşüncesinin, ilke nedenleri ile değil, daha ziyade yöneticilerin *kendi yuvalarını yumuşatmasını önlemenin* başka bir yolu görülemediği için harekete geçi-

<sup>106</sup> Macintosh, John C.C.; “The Issues, Effects and Consequences of the Berle–Dodd Debate”, 1931–2’, **Accounting, Organizations and Society**, Vol.: 24 Iss.: 2, 1999, pg.: 139–153, s. 139.

<sup>107</sup> Bkz. Collison/ Cross/ Ferguson/ Power/ Stevenson, s. 12-13.

<sup>108</sup> Macintosh, s. 146-147.

<sup>109</sup> *Berle* ve *Dodd*’un düşüncelerinin yorumlanması hakkında bkz. Macintosh, s. 144.

rilmediğini iddia etmiştir<sup>110</sup>. Nitekim *Macintosh ve Ireland, Berle'nin* bu tartışma içindeki konumunun zaman içinde değiştiğini ve daha sonraki çalışmalarda *Dodd'un* görüşlerinin geçerliliğini kabul etmeye başladığını belirtmişlerdir<sup>111</sup>. *Macintosh, Berle'nin* düşüncelerindeki değişimin 1950'lerde belirginleştiğini öne sürerken<sup>112</sup>; *Ireland, Modern Şirket ve Özel Mülkiyet'in* (The Modern Corporation and Private Property), 1932'nin sonlarında yayınlanmasının ardından Berle'nin kendi bakış açısının değişmeye başladığını ileri sürmüştür<sup>113</sup>. Özellikle bu metnin sonuç bölümünde oldukça açık bir şekilde, topluluğun gelir sahiplerinin pasif mülkiyet haklarının üstündeki çıkarları savunulmuştur<sup>114</sup>. Örneğin, *Berle ve Means* şunları ifade etmiştir<sup>115</sup>:

*“Kurumsal sistem hayatta kalacaksa, büyük şirketlerin “kontrolünün” tamamen tarafsız bir teknokrasie dönüşmesi ve toplumdaki çeşitli grupların çeşitli çıkarlarının dengelemesi ve gelir akışının her bir kısmına özel hırsların olmadığı kamu politikası temelinde tahsiste bulunulması oldukça gerekli görünmektedir.”*

Liberal kolektivist eleştiriden sonra, görüşlerle beraber değerlendirilmesi gereken bir diğer konu da vekâlet teorisidir. Günümüzdeki yaygın finans akışında pay sahiplerine öncelik verilmesi, *Jensen ve Meckling ve Fama'nın* etkili çalışmalarının bir sonucudur<sup>116</sup>. Bu finansal piyasa teorisyenleri, pazarın disiplin rolünü vurgulamış ve isteğe bağlı yönetim hedeflerinin pay sahiplerinin finansal çıkarları arasında olmadığı iddiasında bulunmuşlardır<sup>117</sup>. *Ireland'a* göre,

<sup>110</sup> Ireland, Paddy; “Defending the Rentier: Corporate Theory and the Reprivatization of the Public Company”, (Ed.: John Parkinson, Gavin Kelly, Andrew Gamble), **The Political Economy of the Company**, 2001, pg.: 141-173, s. 149.

<sup>111</sup> Bkz. Ireland, s. 150.; Macintosh, s. 146.

<sup>112</sup> Macintosh, s. 146.

<sup>113</sup> Ireland, s. 150.

<sup>114</sup> Ertürk, İsmail/ Froud, Julie/ Johal, Sukhdev/ Leaver, Adam/ Williams, Karel; **Financialization at Work**, Routledge, 2008, s. 47.

<sup>115</sup> Berle, Adolf A./ Means, Gardiner G.; **The Modern Corporation and Private Property**, New York: Macmillan, 1932, s. 313.

<sup>116</sup> Görüşler ve açıklamalar için ayrıca bkz. Collison/ Cross/ Ferguson/ Power/ Stevenson, s. 13.

<sup>117</sup> Ertürk/ Froud/ Johal/ Leaver/ Williams, s. 30.

vekâlet teorisinin fikirsel kökeni, hukukun ve ekonominin kurucu isimlerinden olan *Henry Manne'nin* eseri ile ayrılmaz bir şekilde bağlantılıdır<sup>118</sup>. *Manne*<sup>119</sup> özellikle *Berle ve Means* tarafından bilgilendirilenlerin, pay sahiplerinin sadece adil bir gelir elde etmelerine odaklanması ve diğer paydaşların çıkarlarının da göz önünde bulundurulması gerektiğini savundukları şirketler hakkındaki modern bakış açıları hususundaki endişelerini dile getirmiştir. *Manne'nin* en önemli katkılarından biri piyasaların, özellikle sermaye piyasalarının disiplin rolünü vurgulamak olmuştur<sup>120</sup>. *Manne*, memnun olmamış pay sahiplerinin hisselerini satabildiklerini, bu durumun da şirketin hisse fiyatında bir düşüşe ve potansiyel olarak yönetimin azledilmesine yol açabileceğini iddia etmiştir<sup>121</sup>. Bu bağlamda *Manne*, yöneticinin çıkarlarının pay sahiplerinin çıkarlarıyla tutarlı olması ile sonuçlandırmakla birlikte, gelir sağlayan pay sahiplerinin dışsallaştırmasını pozitif bir etkiye dönüştürmüştür<sup>122</sup>.

*Manne'nin* piyasa disiplininin ekonomik verimliliği sağlayacağı iddiasından yola çıkarak, hem *Demsetz* hem de *Alchian*, tüm davranışları mülkiyet hakları sistemine bağlayarak pay sahibi değerini maksimize etme fikrini geliştirdiler<sup>123</sup>. Bu görüşe göre<sup>124</sup>:

*“Pay sahiplerinin kalan hakları, ilgili disiplin mekanizmalarını aktive etmeleri için uygun bir teşvik oluşturmaktadır... Pay sahipleri, en son sırada, ancak ihtiyaç fazlası için sınırsız bir hakka sahip olduklarından ve en yüksek kalitede performanstan en iyi şekilde yararlandıklarından, yöneticileri kâr*

<sup>118</sup> Ireland, s. 152 vd.

<sup>119</sup> Bkz. Manne, H.G.; “The Higher Criticism of the Modern Corporation”, **Columbia Law Review**, Vol.: 62, 1962, pg.: 399–432, nakleden: Collison/ Cross/ Ferguson/ Power/ Stevenson, s. 13.

<sup>120</sup> Ireland, s. 152.

<sup>121</sup> Bkz. Manne, H.G.; “Mergers and the Market for Corporate Control”, **Journal of Political Economy**, Vol.: 73 1965, nakleden: Ireland, s. 152.

<sup>122</sup> Ireland, s. 153-154.

<sup>123</sup> Aglietta, Michel/ Reberioux, Antonie; **Corporate Governance Adrift: A Critique of Shareholder Value**, Edward Elgar Publishing, 2005, s. 28.

<sup>124</sup> Nakleden: Collison/ Cross/ Ferguson/ Power/ Stevenson, s. 13.

*maksimizasyonu hedefine itmek için güçlü bir nedenleri vardır.”*

*Collison, Cross, Ferguson, Power ve Stevenson*<sup>125</sup>, kâr maksimizasyonu hedefini, görünüşte şirketlerin kendi kârlarını maksimize etmeye çalıştıklarından toplumun toplam servetinin maksimize edilmesine katkıda bulunduğu yönündeki temelinde haklı olduğunu düşünmektedir. Yazarlar, bu kalıcı haklar perspektifine göre pay sahiplerinin, kâr maksimizasyonunun sürdürülmesini sağlamada kilit bir disiplin rolü oynadıklarını, yönetime karşı dengeleyici bir güç olarak hareket ettiklerini ve böylece toplumun refahını sağlamanın en iyi hale getirilmeye çalışıldığını ifade etmektedir.

*Ertürk, Froud, Johal, Leaver ve Williams'a* göre, vekâlet teorisi, basit bir asil-vekil kavramının şirketin *sözleşme bağı* teorisine düzgün bir şekilde bağlanması yoluyla ortaya atılmış, bu fikirsel bağlamdan meydana gelmiştir<sup>126</sup>. Vekâlet teorisi, *Berle ve Galbraith'in* popüler liberal kolektivist görüşlerine karşı daha köklü bir muhalefetti<sup>127</sup>. Artık haklara ilişkin düşünceleri destekleyen *Demsetz ve Alchian'ın* aksine *Jensen, Meckling ve Fama*, şirketlerin sadece “bireyler arasındaki

<sup>125</sup> Collison/ Cross/ Ferguson/ Power/ Stevenson, s. 13.

<sup>126</sup> Ertürk/ Froud/ Johal/ Leaver/ Williams, s. 84. İngiliz şirketinin arkasındaki teorik kavrayış, sözleşmeler birliği teorisidir (nexus of contracts theory). Sözleşmeler birliği teorisine göre, şirket sadece pay sahipleri arasında özel bir iştir. Basitçe, içinde barındırdığı pay sahipleri tarafından yeniden müzarekere edilen ve asıl amacı, tahsis, üretkenlik ve dinamik verimlilik yoluyla kendi karlarını ve faydalarını ve şirketin piyasa değerini maksimize etmek olan sözleşmeler birliğidir. Bu bağlamda pay sahipleri şirketin tek üyesi olup, şirketler, “bireyler arasındaki sözleşme ilişkilerinin bir bağlantısı olarak hizmet eden yasal kurgulardır” ve bu nedenle herhangi bir sosyal kaygıdan yoksun, sadece özel bir meseledir. Dolayısıyla İngiliz şirketinin kuruluş teorisi, bir işletme olarak şirketin sadece özel sözleşme ilişkilerinin bir koleksiyonu olduğunu kabul etmektedir. Bkz. Koutsias, Marios; “Shareholder Supremacy in a Nexus of Contracts: A Nexus of Problems”, **Business Law Review**, Vol.: 38 Iss.: 4, 2017, pg. 136-146, s. 136. . Bu teori, şirketin gönüllü ve pazar odaklı yapısına işaret etmek ve bir kurumun sahip olduğu her şeyi devlete borçlu olduğu düşüncesini reddetmek içindir. Teori ayrıca, şirketler hukukunun mevcut durumunu korumak için bir gerekçe olarak kullanılır. Bkz. Grant, M. Hyden/ Bodie, Matthew T.; “The Uncorporation And The Unraveling Of “Nexus Of Contracts” Theory”, **Michigan Law Review**, Vol.: 109, Iss.: 6, 2011, pg. 1127-1144, s. 1127.

<sup>127</sup> Bkz. Collison/ Cross/ Ferguson/ Power/ Stevenson, s. 14.

sözleşmeyi kolaylaştırmak için bir araç olduğunu” iddia ederek *sahiplenme (ownership)* kavramını reddetmiştir. *Fama'ya* göre, pay sahiplerinin sermayeye katkılarının bulunmasına karşın, bu durum şirketin sahiplenilmesi (firm ownership) ile karıştırılmamalıdır. Asilin, vekilin faaliyetlerini kontrol etme ve yönetme gücünü elinde tuttuğu varsayımı ile pay sahibi (asil) ile yönetici (vekil) arasındaki ilişkiyi tanımlamak için *vekâlet ilişkisi* kavramı getirilmiştir<sup>128</sup>. Vekâlet maliyetlerini (pay sahiplerinin finansal çıkarlarında yer almayan, yönetim kararlarından kaynaklanan pay sahiplerine verilen zararı) azaltmak için, pay sahipleri, gözetim ve teşvik mekanizmaları yoluyla yöneticilerin çıkarlarını kendi çıkarlarıyla uyumlu hale getirmeye çalışacaklardır<sup>129</sup>.

Daha önceden de belirtildiği gibi, vekâlet teorisi yönetim kurulu üyelerinin kişisel zenginliklerine engel olup, yönetim kurulu üyelerinin çalışmalarını kontrol etmek için daha büyük pay sahibi denetimini üretmekte, vekâlet maliyetlerini azaltmakta ve yönetim kurulu üyelerinin çalıştığı şirketin idaresinden tamamen sorumlu olduklarını garanti etmektedir. Ancak buna rağmen, yargısal içtihatla bu teorinin pek desteklenmediğine rastlanılmaktadır. Örneğin, Lonrho Ltd. ile Shell Petroleum Co Ltd.<sup>130</sup> ve Pascoe Ltd. ile Lucas<sup>131</sup> davalarının ikisi de yönetim kurulu üyelerinin görev ve yetkilerini şirketlere borçlu olduğuna işaret etmektedir.

Nitekim Birleşik Krallık 2006 Şirket Yasası da (170/1) yöneticilerin görevlerini şirketlere borçlu olduklarını açıkça belirtmektedir. Bu gerçeğe ek olarak, ortak hukuk yargılarına dayanan İngiliz hukukunda, yönetim kurulu üyelerinin vekâlet görevlerinin doğrudan pay sahiplerine değil, şirketlere borçlu olduğu yaygın olarak kabul edilmektedir. En iyi örnek, Dawson International ile Coats Paton (No. 1) dava-

---

<sup>128</sup> Aglietta/ Reberieux, s. 29.

<sup>129</sup> Görüşler ve açıklamalar için ayrıca bkz. Collison/ Cross/ Ferguson/ Power/ Stevenson, s. 14.

<sup>130</sup> Dava bilgileri ve açıklaması için bkz. Keay, Andrew; **Board Accountability in Corporate Governance**, First Published, Routhledge, 2015, s. 79 ve dn.

<sup>131</sup> Açıklamalar için bkz. Cassidy, Julie; **Concise Corporations Law**, Fifth Edition, The Federation Press, 2006, s. 221.



sında verilen: "...Yönetim kurulu üyelerinin pay sahiplerine karşı genel anlamda bir vekâlet borcu (fiduciary duty) bulunmamaktadır..." ifadesidir<sup>132</sup>. Aynı zamanda Brunninghausen ile Glavanics'in temyiz davasında, mahkemenin üzerinde durduğu "...Bir yönetim kurulu üyesinin vekâlet görevlerini pay sahiplerine değil, şirkete borçlu olduğuna dair genel prensip şüphesiz doğrudur..." ifadesi de yer almaktadır. Dolayısıyla buradan, yönetim kurulu üyelerine pay sahiplerine karşı vekâlet görevi verilmiş olsa bile, bu kimselerin pay sahiplerinin her konuda çıkarlarını gözetmek zorunda olmayacakları ve şirketi yönetirken pay sahiplerine karşı sadece dolaylı sorumlulukları borçlanacakları yönünde bir sonuç çıkmaktadır<sup>133</sup>.

Etkilenilen tüm görüş ve davalardan hareketle, *Smith* ve *Rönnegard*, bir makalelerinde, günümüzde pay sahibi önceliğinin Amerika'da olduğu gibi İngiltere'de de (yani ortak hukuk sistemlerinde) bir norm haline geldiğini ifade etmekte; ancak bu modelin yazılı hukukta bulunmayıp daha ziyade mahkeme kararları tarafından kaynaklanan bir norm olduğunu ileri sürmektedir<sup>134</sup>.

*Armour*, *Deakin* ve *Konzelmann*, İngiltere'de kurumsal yönetim hareketinin paydaş modeline geçişi için kanıt olarak kullanılan kurumsal yeniden yapılandırma modelini ve beraberindeki AB zorunlu çalışan bilgilendirme ve danışma sürecini örnek olarak kullanmakta<sup>135</sup>, *Mukwiri* ise kurumsal yeniden yapılanmanın günümüz işini temsil etmediğini ve çalışanların ek koruması esasına dayandığını düşünmektedir<sup>136</sup>.

---

<sup>132</sup> Davanın açıklaması için bkz. Verma, Vivek Kumar; "Do Directors Owe Fiduciary Duty To Shareholders?", 2017, kaynak: [www.indiancaselaws.wordpress.com](http://www.indiancaselaws.wordpress.com), e.t.: 14.04.2020.

<sup>133</sup> Davalara ilişkin açıklamalar ve bilgilendirmeler için bkz. kaynak: <https://www.lawteacher.net/free-law-essays/business-law/chapter-shareholder-primacy-theory-summary-law-essays.php#ftn9>, e.t.: 13.04.2020.

<sup>134</sup> *Smith/Rönnegard*, s. 465.

<sup>135</sup> *Armour*, *John/ Deakin*, *Simon/ Konzelmann*, *Suzanne J.*; "Shareholder Primacy And The Trajectory Of UK Corporate Governance", **British Journal of Industrial Relations**, Vol. 41, September 2003, pg. 531-555, s. 542-545.

<sup>136</sup> *Mukwiri*, s. 224.

*Mélon*, aynı şeyin iflas sürecinde pay sahiplerinin hakları için geçerli olduğunu vurgulamakta, bu yüzden AB hukuku etkisi hesaba katılmazsa, aydınlanmış pay sahibi değerini, hala geleneksel pay sahibi önceliği paydaş değer oryantasyonuna kıyasen daha yakın görmektedir<sup>137</sup>. Yazar, AB şirketler hukukunun etkisi altında, İngiltere'deki pay sahibi değeri maksimizasyonunun, Amerika'daki radikal pay sahibi önceliği modelini takip etmediğini, fakat değiştirilmiş veya Avrupalılaştırılmış geleneksel pay sahibi önceliği modelinin bir versiyonunu temsil ettiğini ifade etmektedir. İngiltere'de pay sahibi önceliği şu anda pozitif bir hukuk meselesi olarak durmakta ve aynı zamanda AB hukukundaki paydaş (stakeholder) odaklı görüşlerden etkilenmektedir<sup>138</sup>.

Sonuç itibarıyla *Mukwiri* ve *Mélon'un* dediği gibi, gerek Amerika gerekse İngiltere'de pay sahibi önceliği modeli, pozitif yasa tarafından zorunlu kılınmamıştır ve paradigmanın uygunluğu hususundaki teorik ve deneysel kanıtlar belirsiz görünmektedir<sup>139</sup>. Aslında İngiltere'ye kıyasen Amerika'da pay sahibi önceliği zayıf teorik temeline rağmen daha belirgin ve radikal hale gelmiş, finansal ve ekonomik krizlerin ana nedeni olarak tekrar adlandırılmıştır<sup>140</sup>.

### **III. Pay Sahibi Önceliği Modelinin Türk Hukukundaki Örnekleri ile Küresel Anlamda Şirketlere Etkileri ve Değerlendirilmesi**

#### **A. Modelin Türk Hukukundaki Örnekleri**

##### **1. Pay Sahiplerine İlişkin Düzenlemeler**

Hukukumuzda şirketler hukuku alanında kurumsal yönetim ilkeleri, SPK tarafından 2011'de değişiklik yapılarak yayınlanan ilkeler ve

---

<sup>137</sup> Mélon, s. 18.

<sup>138</sup> Bkz. Mélon, s. 18-19.

<sup>139</sup> Mukwiri, s. 217-221.; Mélon, s. 10.

<sup>140</sup> Mélon, s. 19.

ardından yürürlüğe giren 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu ile birlikte düzenleme alanı bulmuştur. Özellikle şirketlerin yönetim kurulu üyeleri ve müdürleri arasındaki hak ve sorumluluklar tespit edilmiş ve şirketin işlerinde karar merciinin kim olduğu ve neyi gözeterek bu kararları alması gerektiği yönünde düzenlemelere yer verilmiştir. Şirketlerde kararlar alınırken, bunun kontrol edilmesinin, pay sahiplerinin menfaatine bir durum olduğu ortadadır<sup>141</sup>.

SPK'nın yayınladığı ilkelerde, pay sahibi önceliğini de gerektirecek ve çıkarlarını gözetecek birkaç madde yer almaktadır<sup>142</sup>. Nitekim bu tebliğde kurumsal yönetim ilkelerinin ilk bölümünü *Pay Sahipleri* başlığı oluşturmaktadır. Bu bölümdeki ilkeler şu şekilde özetlenebilir<sup>143</sup>: Pay sahiplerinin bilgi almaya ilişkin haklarının kapsamının artı-

<sup>141</sup> Bkz. Erdem, H. Ercüment, "Kurumsal Yönetim İlkeleri", **Hukuk Postası**, Ekim 2011, kaynak: <http://www.erdem-erdem.av.tr/yayinlar/hukuk-postasi/kurumsal-yonetim-ilkeleri>, e.t.: 16.04.2020.

<sup>142</sup> Akbulak, şirketlerde, bilhassa anonim şirketlerin özelliği dolayısıyla bu tür şirketlerde pay sahiplerinin ayrı bir yeri ve önemi olduğunu ifade etmekte, pay sahibini sermayedar olarak ekonomik anlamda şirket malvarlığının mülkiyetine sahip olduğunu ve bunun bir sonucu olarak malvarlıksal hakları olduğu kadar, malvarlıksal haklarının kullanımını sağlamak bakımından yönetsel haklarının da bulunduğunu düşünmektedir. Yazar, pay sahiplerinin şirketler açısından özel bir öneme sahip olmasına rağmen, çeşitli ülkelerin kurumsal ilkelerine bakıldığında, genellikle bilgi alma, genel kurula etkin bir şekilde katılım ve pay sahiplerinin eşit işleme tabi tutulması gibi hususları ele aldığı ve yönetim kurulunun yapısı, hesap verebilirliği ve sorumluluğu konularına da değinildiğini belirtmektedir. Yazar ülkemiz tarafından bakıldığında, pay sahiplerinin kendi haklarını kullanmakta aktif olamadıklarını, şirket yönetimiyle yeterli düzeyde iletişim ve etkileşim içinde bulunamadıkları ve dolayısıyla pay sahiplerinin haklarıyla ilgili düzenlemelerde çeşitli eksiklikler bulunduğunu düşünmektedir. Bu durumun Türk mevzuatı ile OECD Kurumsal Yönetim İlkeleri arasında bir tezatlık oluşturmaması açısından, SPK'nın 2011 tarihli tebliğinin, bu ilkelere paralel gidecek düzenleme ve önerileri içerdiği söylenebilir. Bkz. Akbulak, Yavuz; "Türk Sermaye Piyasasında Esaslı Bir Devrim: Kurumsal Yönetim İlkeleri", **MÇD**, S.: 108, 2011, ss. 111-138, s. 116. Gerçekten de her ne kadar SPK'nın getirdiği ilkeler ile TTK düzenlemeleri mevcut olsa da özellikle de halka açık anonim şirket gibi çok pay sahipli şirketlerde pay sahiplerinin yönetime katılıp bir şeyleri uyum içerisinde çözmeye çalışmalarına pek imkân bulunmamaktadır. Dolayısıyla bu tür şirketlerde, Amerika ve İngiltere'de olduğu gibi pay sahiplerinin menfaatleri daha çok korunmaya ve değerleri artırılmaya çalışılmaktadır. Ancak yine de hukuk sistemimiz (Kara Avrupası), Common Law sistemi ile kıyaslandığında, uygulamalarda önemli farklılıklar oluşabilmektedir. Bu hususa ilişkin ayrıntılı açıklama, makalemizin son başlığında verilmiştir.

<sup>143</sup> Bkz. Zengin/ Altıok Yılmaz, s. 694.; Akbulak, s. 116-117.

rılması, bu hakkın biraz daha aktifleştirilebilmesi için esas sözleşme-  
de hüküm bulunması önerisi, bilgi alma talebinin yalnızca ticari sır ve  
şirketin çıkarı durumunda yönetim kurulu tarafından kabul edilme-  
mesi; soru sorma hakkının açık bir şekilde verilmesi; şirkete özel de-  
netçi atanması isteminin bireysel hak gibi kullanılması; şirketin genel  
kurul ilanının belirlenmiş genel kurul tarihinden ez az üç hafta önce  
mümkün oldukça en fazla pay sahibine ulaşacak şekilde gerçekleştiri-  
lmesi, genel kurul toplantı ilanında bulunması zorunlu maddelerin  
neler olduğu, şirketin yönetim kurulu üyelerinin ücretlendirme poli-  
tikalarının yazılı hale getirilmesi ve genel kurulda ayrı bir madde ola-  
rak görüşülmesi, karşılıklı iştirak ilişkisi halinde olan şirketlerin bir-  
birlerinin genel kurullarında oy kullanmaktan kaçınması ve bu hali  
kamuoyuna duyurması; bunun dışında genel kurulun etkinliğinin  
genişletilip önem arz eden hususların sadece genel kurulda görüşülüp  
karara bağlanması doğrultusunda düzenleme yapılması tavsiyesi; oy  
hakkının daha işlek hale getirilmesi; oy imtiyazının sınırlandırılması-  
na ve payın serbestçe dolaşımına engel olan faktörleri ortadan kal-  
dırmaya yönelik ilkelere yer verilmesi; pay sahipliğine ilişkin kayıtların  
güvenli bir şekilde tutulması ve periyodik olarak güncellenmesinin  
sağlanması.

Yukarıda izah edilen SPK'nın getirmiş olduğu pay sahiplerine özel  
kurumsal yönetim ilkelerinin TTK'ya yansımalarına ilişkin olarak da şu  
örnekler gösterilebilir<sup>144</sup>: Pay sahibinin bilgi alma ve inceleme hakkı-  
nın genişletilmesi (m. 437), özel denetçi isteminin bireysel hak haline  
getirilmesi (m. 438), azınlık pay sahiplerine yeni haklar verilmesi (m.  
411), haklı sebeplerle fesih davası hakkının verilmesi (m. 531), mülga  
Ticaret Kanunu<sup>145</sup>'nda yer alan şirketin kendi paylarını iktisabının  
yasaklanmış olmasına dair hükmün değiştirilmesi (m. 612), finansal  
tabloların müzakeresi ve buna bağlı konuların görüşüldüğü genel  
kurul toplantısına ilişkin olarak azınlık pay sahiplerine verilmiş top-  
lantı ertelenmesini talep etme hakkının daha net bir düzenleme hali-  
ne getirilmesi (m. 420), yönetim kurulu yapısı, yetkileri ve sorumlulu-

<sup>144</sup> Bkz. Akbulak, s. 112'deki dn.

<sup>145</sup> 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu, bkz. R.G., T.: 09.07.1956, S. 9353.

ğu ile ilgili getirilen hükümler ve engel nitelikteki bozuklukların giderilmesi, yeni pay alma hakkının sınırlandırılması konusunda genel kurula yetki verilmesi ile hak sahiplerinin koruma altına alınması (m. 461), elektronik ortamda genel kurul toplantılarına katılma imkânının getirilmesi (m. 1527).

Genel kurula katılma ve oy hakkının etkin kullanımının sağlanabilmesi için, pay sahibinin gerek gündem hakkında önceden gerekse ayrıca görüşülecek konular ile ilgili yeterli seviyede bilgilendirilmesi de gerekmektedir<sup>146</sup>. Nitekim Yargıtay da bir kararında<sup>147</sup>: *“...Kural olarak gündemde bulunmayan konular genel kurulda görüşülemez ve karar alınamaz. Söz konusu ilke ile güdülen amaç, pay sahiplerinin genel kurula katılma kararı verirken ve gerekse genel kurulda oy kullanırken hazırlıklı bulunmalarını sağlamak, onları oldubittilere karşı korumaktır...”* diyerek bu hakkın pay sahipleri açısından önemini vurgulamıştır.

Anonim şirketin esas amacı kâr elde etme ve bunu dağıtma olduğundan, pay sahiplerine dağıtılabilecek kârı bulunuyorken, dürüstlük kurallarına aykırılık teşkil edecek biçimde kârın uzun zamandır dağıtılmaması ya da yeterli dağıtılmaması durumunda, pay sahibinin bu hakkını mahkeme kanalıyla talep edebilmesi gerekir. Nitekim Yargıtay, bu durumu vazgeçilmez bir hak olarak değerlendirmiştir<sup>148</sup>. Burada da amaçlanan, şirketin temel amacından hareketle pay sahiplerinin çıkarlarını koruyabilmektir.

Daha etkili bir kurumsal yönetim yaklaşımının somut örneklerinden biri olarak sayılabilecek olan eşit işlem ilkesi (TTK m. 357) ile organların keyfi uygulamalarına karşı pay sahiplerinin korunması ve hakkaniyet ilkesi dâhilinde bütün pay sahipleri arasındaki çıkarların dengelenmesi ile şirkette azınlık sıfatını taşıyan pay sahiplerinin daha

<sup>146</sup> Paşlı, Ali; **Anonim Ortaklık Kurumsal Yönetimi-Corporate Governance**, 2. Baskı, Çağa Hukuk Vakfı Yayınları, İstanbul 2004, s. 106.

<sup>147</sup> Y. 11. H.D.’nin 19.11.2015 T., 2014/17187 E., 2015/12330 K. sayılı kararı, kaynak: [www.lexpera.com.tr](http://www.lexpera.com.tr), e.t.: 14.05.2020.

<sup>148</sup> Y. 11. H.D.’nin, 01.12.2016 T., 2015/14100 E., 2016/8853 K. sayılı kararı. kaynak: [www.kararara.com](http://www.kararara.com), e.t.: 14.05.2020.

etkili korunması hedeflenmektedir<sup>149</sup>. Pay sahiplerine eşit şartlarda eşit davranılmasının gerekli olduğuna, OECD Kurumsal Yönetim İlkeleri'nin yanı sıra SPK Kurumsal Yönetim İlkelerinde de yer verilmiştir. Nitekim TTK m. 357'nin gerekçesinde de ilkenin pay sahiplerine özgü olduğu belirtilmektedir.

Pay sahiplerine tanınmış başka bir hakkın örneğini de TTK'nın *Özel denetim* başlıklı 207. maddesi oluşturmaktadır. Bu maddeye göre, riskin erken saptanması ve yönetimi komitesi, denetçi veya özel denetçinin; bağlı şirketin hâkim şirketle veya diğer bağlı bir şirketle arasındaki ilişkileri hakkında hile veya yolsuz herhangi bir davranışın varlığını ortaya çıkartacak biçimde görüş belirttiği durumlarda, bağlı şirketin her bir pay sahibi, bu meselenin herkesçe anlaşılmasının sağlanabilmesi için şirket merkezinin bulunduğu yerdeki asliye ticaret mahkemesinden özel denetçi atanmasını talep edebilecektir.

Yönetim kurulu kararlarına karşı yokluk ve butlanın ileri sürülebilmesinin aksine iptalinin ileri sürülmesi pek mümkün olmadığı halde, Yargıtay'ın da benimsediği gibi, bu kararların özellikle pay sahiplerinin kişisel haklarını/çıkarlarını ihlal etmesi durumunda iptal davasının açılabilmesi kabul görmüştür<sup>150</sup>.

<sup>149</sup> Pay sahiplerine eşit işlem yapılmasına yönelik ilke, limited şirketler bakımından da düzenlenmiş olmakla birlikte ilkeyi uygulamakla yükümlü olanlar müdürlerle sınırlı tutulmuştur. Bkz. Eminoğlu, Cafer; "Anonim Şirket Pay Sahipleri Açısından "Eşit Şartlarda Eşit İşlem" İlkesi", **TFM**, C.: 1, S.: 1, 2015, ss.: 79 – 88, s. 80. Bu ilkenin kurumsal yönetim ilkeleri ile birlikte ayrıntılı değerlendirilmesi hakkında bkz. Eminoğlu, Cafer; **Türk Ticaret Kanunu'nda Kurumsal Yönetim (Corporate Governance)**, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul 2014, s. 118 vd..

<sup>150</sup> Bkz. Y. HGK'nın 15.11.1989 T., 1989/11-425 E., 1989/591 K. ile, Y. 11. H.D.'nin 26.01.1989 T. 1989/3414 E., 1989/260 K. sayılı kararı. Nakleden: Eriş, Gönen; **Anonim Şirketler Hukuku**, 1. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara 1995, s. 454, 468. Dolayısıyla, kural olarak yönetim kurulu kararlarına karşı iptal davası açılmayacağı kabul edilmektedir. Ancak pay sahiplerinin haklarını doğrudan doğruya ilgilendiren ihlallerde pay sahipliği haklarının genel kurul kararlarında olduğu gibi yönetim kurulu kararlarında da etkisini gösterebilmesi için kararın iptalinin istenebileceği düşünülebilir. Örneğin, kayıtlı sermaye sisteminde yönetim kurulunun yetkilerini kötüye kullanması durumunda pay sahiplerinin çıkarlarının korunması yollarından birisi, iptal davası açma imkânı olmalı ve Yargıtay kayıtlı sermaye sisteminde bu yolun önünü açmalıdır. Bkz. Özkorkut, Korkut; **Anonim Ortaklıklarda Yönetim Kurulu Kararlarının İptali**, Sermaye Piyasası Kurulu Yayını, No: 41, Ankara 1996, s. 124.; Turanlı, Hüsnü; "Yeni Türk Ticaret Kanunu Işığında Anonim

## 2. Yönetim Kuruluna ve Yöneticilere İlişkin Düzenlemeler

Pay sahibi önceliği modeline göre, şirketlerin esas amacı pay sahiplerinin varlıklarının değerini/servetlerini maksimize etmek olduğundan, bu amacın gerçekleştirilebilmesi için yönetimde olan kimselelere de önemli roller düşmektedir. Zira özellikle şirkette pay sahibi olmayan yöneticilerin bu amaçtan zaman zaman saptıkları görülmektedir. Vekâlet sözleşmesinde izah edildiği şekilde ortaya çıkan temsil probleminde pay sahibi olmayan yöneticilerin kendi çıkarlarını şirketin veya pay sahiplerininkinden önde tutma ihtimali üzerinde durulur ve bu soruna karşı çözüm sunulur<sup>151</sup>. Temsil probleminin önüne geçilmesi ve bu kimselerin kendi çıkarlarını birinci planda tutup pay sahiplerininkini ikinci plana almalarının önlenmesi için pay sahibi olmayan yöneticilere hisse opsiyonları verilmesi, kârdan pay verilmesi, kârla orantılı olarak prim ödenmesi gibi yollara başvurulmaktadır<sup>152</sup>. Örneğin, genellikle Amerika ve Avrupa ülkelerinde tercih edilen ve hukukumuzda da TTK ile birlikte getirilen Hisse Opsiyon Planı (HOP), daha çok halka açık anonim şirketler (start-up, bilişim şirketleri...) için uygulama alanı bulmaktadır<sup>153</sup>. HOP'ta şirketlerin genelde yüksek maaşları ödemedeki zorlandıkları durumlarda, şirkette faaliyet gösteren ve pay sahibi olmayan önemli bazı isimlere şirketin hisselerini elde etme olanağı sağlanmaktadır. Bu kişilere örnek olarak, şirkette profesyonelleşme için pay sahibi olmayan yöneticilerin göreve getirilebilmesi de verilebilmekte ve HOP ile birlikte hem pay sahipleri ile aralarındaki vekâlete ilişkin temsil sorunu çözülüp pay sahiplerinin çıkarları ön plana alınabilmekte hem de yöneticiler motive edilebilip elde tutulabilmektedir<sup>154</sup>.

---

Şirket Yönetim Kurulu Kararlarının Hükümsüzlüğü”, **GÜHFD**, C. XVII, S. 1-2, 2013, ss. 939-960, s. 954.

<sup>151</sup> Kurt/ Demir, s. 64.

<sup>152</sup> Kurt/ Demir, s. 64.

<sup>153</sup> Coşkun, Fırat; “Türkiye’deki Hisse Opsiyon Planları”, **Hukuk Postası**, 2017, kaynak: <http://www.erdem-erdem.av.tr/yayinlar/hukuk-postasi>, e.t: 12.05.2020.

<sup>154</sup> Coşkun, <http://www.erdem-erdem.av.tr/yayinlar/hukuk-postasi>; Kurt/ Demir, s. 64, 66.

Yönetim kurulunun faaliyetlerinin esaslarını düzenleyen SPK Tebliği m. 4.2.3'te, yönetim kurulunun, şirket ile çıkar ilişkisi içinde olan kimselerin çıkarlarını etkileyebilecek olan risklerin bu tür etkilerini minimum düzeye getirebilecek risk yönetim ve bilgi sistemleri ile süreçlerini de içerecek şekilde iç kontrol sistemlerini, ilgili yönetim kurulu komitelerinin görüşünü de göz önünde bulundurarak oluşturması gerektiği yer almaktadır. Bu çıkarlardan bahsedilirken Tebliğ'de, "...*başta pay sahipleri olmak üzere şirketin menfaat sahipleri...*" şeklinde bir ifade kullanılmıştır. Bu ifadeden anlaşıldığı üzere, pay sahiplerinin çıkarlarına öncelik tanınmış, fakat diğer menfaat sahiplerinin de üzerinde durulmuştur.

Yönetim kurulu tarafından oluşturulması önerilen iç kontrol sistemine örnek olarak, TTK m. 378/1'de yer alan *Riskin erken saptanması ve yönetimi* başlıklı madde hükmünü verebiliriz. Bu hükümde yönetim kurulunun, pay senetleri borsada işlem gören şirketler bakımından, şirketin varlığını, gelişmesini ve devamını tehlikeye sokan nedenlerin daha önceden tespit edilebilmesi, edildikten sonra ise nasıl kontrol altına alınabileceği hususunda gerekli önlemlerin alınabilmesi ve çarelerin uygulanabilmesi amacıyla, riskin yönetilebilmesi adına uzman bir komite kurması gerektiği düzenlenmiştir. Bu düzenleme ile birlikte, yönetim kurulu, bu komiteyi kurmak, sistemi çalıştırmak ve geliştirmekle yükümlü kılınmıştır.

Diğer şirketlerde ise bu komitenin kurulabilmesi için, öncelikle denetçinin bu durumu tespit edip gerekli görmesinden sonra yönetim kuruluna yazılı şekilde bildirmesi gerekir. Bu durum sonucunda komite, yönetim kurulu tarafından derhâl kurulur. Daha sonradan komite, belirli aralıklarla yönetim kuruluna yollayacağı raporlara göre mevcut durumu değerlendirir, tehlike bulunuyorsa bu tehlikeden bahsedip çareleri gösterir ve göndermiş olduğu rapor denetçiye de yollar (TTK m. 378).

Buna ilaveten, anonim şirketlerde riskin erken teşhisi ve değerlendirilmesine ilişkin çalışmalar, anonim şirketlerde yönetim kurulunun yıllık faaliyet raporunda yer alır (TTK m. 516/1). TTK m. 625/1-



e’de de limited şirketler açısından müdürlerin vazgeçilemez ve devredilemez yetkileri arasında küçük limited şirketler dışında, risklerin erken teşhisi ve yönetimi komitesinin kurulması görevi yer almaktadır.

## **B. Modelin Uygulanmasının Küresel Anlamda Şirketlere Etkileri, Alternatif Paydaş Önceliği Modeli ve Değerlendirmeler**

### **1. Küresel Şirketler Hukuku Alanında Çalışmalar ve Değerlendirmeler**

Şirketler, genellikle birbiriyle rekabet eden çıkar ilişkilerini içinde barındıracak şekilde kompleks bir ağ içinde hareket etmektedir. Bu kompleks ağı çözebilmede şirket yöneticilerinin üstlendiği görevler ve izledikleri yöntemler oldukça önem taşımaktadır.

Şirketler hukukundaki kurumsal yönetim tartışmaları, sorgulanabilir ve sorgulanmış olan basitleştirilmiş ekonomik varsayımlar, hukuk ve ekonomi düşüncesinin boyunduruğu altındadır. Tartışma konularının büyük çoğunluğu, ekonomik vekâlet teorisi tarafından, etkin kaynak tahsisine ulaşmak için kurul ve yönetimin pay sahiplerine hesap verebilmesine odaklanır<sup>155</sup>.

Kurumsal yönetimde bir tür yönetim ilkesi olarak karşımıza çıkan pay sahibi önceliği ve bunu sağlamak adına pay sahipleri değeri maksimizasyonu modeli, İngiltere’de benimsenip, AB politikasını etkileyip bazı ülkeler tarafından takip edildiye de, esas çıkış noktasını Amerika’da yakalamıştır. Zira İngiltere’nin daha sonradan izlediği paydaş çıkarlarını da ele alan aydınlanmış pay sahibi değeri maksimizasyonu modeline karşın, Amerika’da radikal pay sahibi önceliği modeli izlenmeye devam etmiştir.

Pay sahibi önceliği modeli, iş yönetimi, eğitim ve kurumsal yönetime dayanmaktadır. Bir dönem pay sahiplerine şirketin sahibi gibi

---

<sup>155</sup> Sjaafjell, Beate/ Johnston, Andrew/ Anker-Sørensen, Linn/ Millon, David; “Shareholder Primacy: The Main Barrier To Sustainable Companies”, **Company Law and Sustainability-Legal Barriers and Opportunities**, (ed. Beate Sjaafjell/ Benjamin J. Richardson), First Published, Cambridge University Press, 2015, s. 82.

önem verilip, ona göre yönetsel yollar izlenip, devamında pay sahibi değeri maksimizasyonu modeli uygulanarak, bu modelin, şirketler hukukunda yol gösterici bir ilke olduğu kabul edilmiştir. Ancak zaman içerisinde bu modelin kusurları da ortaya çıkmıştır. Zira bu model, kurumsal raporlama, birleşme ve devralmalar ile yönetici ücretinin düzenlenmesinde farklılıklar oluşturmasının yanında, piyasa başarısızlıkları ve ardından aşırı çevresel ve toplumsal dışsallıkların oluşumuna da sebebiyet verilebilmektedir<sup>156</sup>.

Şüphesiz pay sahibi önceliği modeli, şirketler hukuku sisteminin temelini oluşturmaktadır. Ancak pay sahibi önceliğinin kusurlarının bulunması, onun bazı yönlerinin şirketler hukuku ilkeleri ile çeliştiğini göstermektedir. Dolayısıyla günümüzde tüm paydaşlar ve toplum adına şirketlerin sorumluluklarını tanımak için çok belirginleşmiş uluslararası bir eğilim bulunmaktadır.

Örneğin 2016 yılında, dünyada çeşitli ülkelerin şirketler hukuku alanındaki önde gelen akademisyenleri, pay sahibi önceliğinin dayandığı hataları açıklayan “Şirket Hukuku Hakkında Modern Şirket Beyannamesi (The Modern Corporation Statement on Company Law)”ni yayınlamıştır<sup>157</sup>. Frank Bold tarafından başlatılan bu akademik kurumsal yönetim çalışması projesi, “2019 Uluslararası Etkili İşbirliği Ödülünü (2019 International Impactful Collaboration Award)” kazanmıştır<sup>158</sup>. Bu beyannamede, şirketlerin çeşitli menkul kıymetler ihraç ederek sermaye toplayabileceklerinden ve şirketlerin tamamının olmasa da çoğu için gerekli olan güvenlik türlerinden birinin, pay sahiplerine satılan hisse senetleri olduğundan söz edilmiştir. Ancak devamında, pay sahiplerinin sadece kendi paylarının sahibi olduğundan ve yaygın olarak tutulan düşüncenin aksine şirketin kendisinin sahibi olmadığından bahsedilerek, onların şirket varlıklarına sahip olmadıkları üzerinde durulmuştur. Yazarlara göre, pay sahipleri sadece hisse paylarına sahip olup, bu da onlara özellikle kâr payı alma ve

<sup>156</sup> Bkz. Collison/ Cross/ Ferguson/ Power/ Stevenson, s. 39.

<sup>157</sup> Bilgi için bkz. kaynak: <https://thomoderncorporation.wordpress.com/>, e.t.: 18.04.2020.

<sup>158</sup> Bkz. kaynak: <http://www.purposeofcorporation.org/>, e.t.: 18.04.2020.

sınırlı konularda oy kullanma hakları gibi birtakım soyut haklar vermektedir.

Beyanname, şirket yöneticileri ve çalışanları, şirketten bağımsız bir karaktere sahip şirketin vekili olarak görülmektedir. Bu kişiler, pay sahiplerinin vekilleri olarak görülmemektedir ve pay sahiplerinin bu kimseleri kendilerinin altı olarak göremeyeceği kabul edilmektedir. Bu nedenleri ileri sürerek yazarlar, çalışan ve yöneticilerin pay sahiplerinin emir ve talimatlarına uyma veya pay sahiplerinin kendilerini altıymış gibi görmelerine itaat etme gibi yasal bir zorunluluğun bulunmadığını ileri sürmektedir. Son kısımda ise yaygın inanışın aksine, şirket yönetim kurulu üyelerinin pay sahipleri için kârı maksimize etme gibi yasal bir zorunluluk altında bulunmadıkları vurgulanmaktadır. Bu durumun, kısa vadeli pay sahibi değerini maksimize etmeye çalışmayı gerektirmese bile, tarafsız ve bilinçli yönetim kurulu üyelerinin, ayrı bir varlık olarak şirketin en iyi uzun vadeli çıkarları için kendi inandıklarına göre hareket etme yetkisine sahip olduklarına yönelik iş adamı kararı ilkesinin bazı versiyonlarının neredeyse tüm yargı bölgelerinde kabul edilmesine yansımakta olduğunu belirtmektedir. Yazarlar, yönetim kurulu üyelerinin pay sahibi odaklı hedefi izlemesi durumunda, bunun genelde yasal bir zorunluluğun değil; onlara finansal piyasalar ve aktivist pay sahipleri tarafından uygulanan baskıların, bir şirketin kendi iradesi dışında dışarıdan yönetilmesi ve/veya hisse senedi bazlı tazminat planları tehdidinin ürünü olduğunu savunmaktadır.

Bunun dışında şirketler dünyasına bakıldığında, zaman içerisinde küresel şirketlerin liderlerinin de pay sahibi önceliği modelini yavaş yavaş terk etmekte oldukları görülmektedir. Bunun örneğini, pay sahibi önceliğini radikal bir şekilde uygulayan Amerika'da bile ülkenin en güçlü genel müdürlerini temsil eden bir grubun (Business Roundtable) toplanıp şirketlerin, her şeyden de önce pay sahipleri için kârlarını maksimize etmesi gerekliliği fikrinden vazgeçmesi oluşturmak-

tadır<sup>159</sup>. Üyeleri Amerika'daki en büyük şirketlerin CEO'su olan bir lobi grubu olan Business Roundtable, daha mantıklı ve sürdürülebilir bir kurumsal yönetim modeline geçişin başlangıcını umut edecek bir açıklama yapmıştır. Açıklamada iş insanlarının pay sahiplerinin ihtiyaçlarını müşteriler, çalışanlar, tedarikçiler ve yerel topluluklarla birlikte dengelemeyi taahhüt etmesi gerektiğini düşündürmektedir<sup>160</sup>.

AB bağlamında da pay sahiplerinin, şirketin *sahipleri* olarak değil, *paydaşlarından birileri* olarak öneminin açık bir şekilde tanınması söz konusudur ve diğer paydaşların da varlığı açıkça tanınmaktadır. Bu tanımlar, bizi şirketlerin geniş sorumluluklarına daha fazla odaklanılması gerektiği sonucuna götürmektedir<sup>161</sup>. Böylece sorumlulukların nasıl yasal hale dönüştürüleceği ve yönetim kurulu üyelerinin görevlerinin bir parçası olarak şirketin en iyi çıkarları doğrultusunda nasıl hareket edecekleri hususlarının açıklığa kavuşturulup yasal bir madde verilmesine gereksinim duyulmuştur.

Avrupa Komisyonu'nun kurumsal sosyal sorumluluk üzerindeki yeni politikasına göre şirketler; sosyal, çevresel, etik ve insan hakları endişelerini iş faaliyetlerine entegre etmek gibi yerinde bir süreçte sahip olmalı ve paydaşlarıyla yakın işbirliği içinde temel stratejisini gütmelidir. Komisyonun bu girişimdeki amaçlarından biri de AB'nin kurumsal sosyal sorumluluk anlayışını uluslararası kabul görmüş kurumsal sosyal sorumluluk ilkeleriyle, OECD Çokuluslu Şirketler

---

<sup>159</sup> Kaynak: [www.opportunity.businessroundtable.org](http://www.opportunity.businessroundtable.org), e.t.: 19.04.2020. Örnek haber için bkz. : "Last week, the Business Roundtable, a lobbying group of the nation's leading CEOs, including global behemoths such as Apple, Walmart, Pepsi, and BlackRock, released a statement to commit to delivering value for all stakeholders, including customers, workers, suppliers, and the communities where they operate. The decision is being hailed as a call to end shareholder primacy, the idea that corporations maximize profits for their shareholders, which has guided corporate behavior thus far...", Simon, Morgan; " 5 Changes CEOs Can Make If They're Serious About Ending Shareholder Primacy", kaynak: [www.fastcompany.com](http://www.fastcompany.com), e.t.: 19.04.2020.

<sup>160</sup> Haber ve ayrıntılı açıklamalar için bkz.: "Business Roundtable Redefines the Purpose of a Corporation to Promote 'An Economy That Serves All Americans'", kaynak: [www.businessroundtable.org](http://www.businessroundtable.org), e.t.: 19.04.2020.

<sup>161</sup> Plessis, Jean du; "Shareholder Primacy And Other Stakeholder Interests", Corporate Governance, (Ed.: Jean Jacques du Plessis), **Corporate Responsibility And Law**, 2016, pg. 238-242, s. 242.

Rehberi ve yakın zamanda onaylanan Birleşmiş Milletler İş ve İnsan Hakları Rehber İlkeleri de dahil, daha uyumlu hale getirmektedir.<sup>162</sup>

Avrupa Komisyonu'nun Sürdürülebilir Finansman Eylem Planı'nda (European Commission's Sustainable Finance Action Plan)<sup>163</sup> da benimsendiği gibi, sermaye piyasaları son derece kısa vade anlayışından memnuniyetsizdir. Mevcut kurumsal yönetim modeli, bu gereksiz kısa vadeciliği aktarmakta ve şirketleri, kendi gelecekları de dahil olmak üzere ve paydaşlarının çıkarlarından bahsetmemek üzere, her şey pahasına kısa vadeli finansal performansa aşırı odaklanmaya zorlamaktadır. Bu nedenle Avrupa Komisyonu tarafından Mart 2018'de kabul edilen sürdürülebilir finansman eylem planında üç ana hedef belirlenmiştir: *“(1) Sürdürülebilir ve kapsayıcı büyümeyi sağlamak için sürdürülebilir yatırımlara yönelik sermaye hareketlerine yön verme, (2) iklim değişikliği, çevresel bozulma ve sosyal sorunlardan kaynaklanan finansal riskleri yönetmek, (3) finansal ve ekonomik faaliyetlerde şeffaflığı ve uzun vadeliği teşvik etmek.”*

Ancak Business Roundtable'ın açıklamasının altında imzaları bulunan şirketlerin büyük çoğunluğu, şeffaflık, insan haklarına saygı veya iklim değişikliğine karşı mücadele konusunda oldukça düşük puana sahip şirketlerdir.<sup>164</sup> İfadeleri onları istekli gibi gösterse de benimsenen bu vizyonun gerçekleşmesinin kamu politikasında büyük değişiklikler gerektirdiği açıktır.

Görüldüğü üzere, Amerika'da da hem ticaret adamları hem ilerici politikacılar hem de akademisyenler, pay sahibi önceliğini sona erdirmek için planlar yapmakta ve bu planları uygulamaya koymaya

<sup>162</sup> Millon, David; “Corporate Social Responsibility and Environmental Sustainability”, **Company Law and Sustainability-Legal Barriers and Opportunities**, (ed. Beate Sjaafjell/ Benjamin J. Richardson), First Published, Cambridge University Press, 2015, s. 51-52.

<sup>163</sup> Bkz. European Commission, “Commission Action Plan On Financing Sustainable Growth”, kaynak: www.ec.europa.eu, e.t.: 19.04.2020.

<sup>164</sup> The Corporate Human Rights Benchmark'in analiz ettiği 13 şirket için bkz. Kasım 2018 sonuçları. Corporate Human Rights Benchmark, **2018- Key Findings Apparel, Agricultural Products and Extractives Companies**, November 2018, s. 15 vd..

çalışmaktadırlar. Zira Amerika'daki baskın kurumsal yönetim çerçevesi (corporate governance framework), kurumsal yöneticiler ve yatırımcıların, pay sahibinin sahip olduğu varlıklarını artırmaya tüm diğer hedeflere göre öncelik vermelerini sağlar. Milton Friedman'ın "Şirketlerin sosyal sorumluluğu, kârı arttırmaktır." ünlü ifadesinden elli yıl sonra, bu yanlış yönlendirilmiş ideolojinin, ekonomik eşitsizliğin ve iklim felaketinin genişlemesine yol açtığı düşünülmektedir<sup>165</sup>. Böyle bir durumda, akla şirketlerin nasıl faaliyet göstermesi gerektiğine yönelik hangi yeni kurallar bulunması ve bu kuralların nasıl oluşturulması gerektiği yönünde sorular ortaya çıkmaktadır. Şirketlerin amaçlarına ulaşmalarını sağlamak için kurumsal yönetimde aşağıdakiler de dahil olmak üzere çeşitli sistemik değişikliklere ihtiyaç vardır<sup>166</sup>:

1. Kurumsal şeffaflığı ve hesap verebilirliği artırmak ve yatırımcıların karar alırken bu kıstasları dikkate almalarını sağlamak için, özellikle iklim değişikliği, biyolojik çeşitlilik, işgücü ve insan hakları konularında çevresel ve sosyal raporlamanın standartlaştırılması,

2. Sürdürülebilir finans ve uzun vadeli şirketler arasında olumlu bir geri dönüşü tetiklemek için yönetim kurulu üyelerinin sürdürülebilirlik konusundaki görevlerinin açıklığa kavuşturulması,

3. Yöneticilerin, kısa vadeli hisse fiyatı yerine, şirketin uzun vadeli başarısına odaklanmasını sağlamak için hisse senedi merkezli bonus uygulamalardan kurtulması,

4. Kurulun, bu konudaki kararlarından dolayı iyi bilgilendirilmiş ve hesap verebilir olmasını sağlamak için kurumsal yönetimde sürdürülebilirliğin ve çalışanların çıkarlarının doğrudan temsil edilebilmesinin sağlanması,

5. Sistemik sorunları (özellikle insan hakları ihlallerini, işçilerin sömürsünü, toprak kapma ve ormansızlaşmayı) veya en azından bu sorunların neden olduğu en alt seviyedeki yarışı önlemek, hiç olmazsa

<sup>165</sup> Palladino, s. 325.

<sup>166</sup> Maddelendirilmiş önerilerin aslı için bkz. kaynak:  
<http://www.purposeofcorporation.org/>, e.t.: 19.04.2020.

hafifletmek için tedarik zincirleriyle kendi iş modellerine bağlı kurumsal sorumlulukların düzenlenmesi,

6. Uzun vadeli ve sosyal sorumlu iş stratejilerini destekleyen kritik bir yatırımcı kitlesinin olmasını sağlamak adına, yatırımcıların vekâlet görevleri de dahil olmak üzere finansal sistemde bir dizi reform yapılması.

Dolayısıyla pay sahibi önceliği kullanımıyla yetinmeyen, şirketler hukukundaki yeni gelişmeler ve sadece pay sahiplerinin kısa dönemli finansal çıkarlarıyla sınırlı kalmayıp diğer menfaat sahiplerinin çıkarlarının da bu çıkarlara birlikte uyum sağlar hale getirilebilmesi için çağrıda bulunabilen sürdürülebilir şirketlere ihtiyaç vardır. Zira her ne kadar pay sahibi önceliği baskın bir model olarak uygulansa bile, bu model, şirketin gerçek resmini yansıtmadığından, sürdürülebilir şirket hedefi için bir engel haline gelebilmektedir. Şirketin diğer paydaşlarının çıkarlarını yadsıyamayacağı ve bu çıkarları da temsil etmesi gerektiği de ortadadır. Bu nedenle dünya çapında şirketlerde, salt pay sahibi önceliği modeli yerine, paydaş modeline de geçiş yapılabilmesi için; daha fazla iş sağlama yerine işlerin kalitesine yatırım yapma, sadece daha fazla iş yapma değil, aynı zamanda çevre yeniliklerini de kendine bir görev edinme, yenilikler kurmaya devam etme, çok paydaşlı bir kurul geliştirerek daha kapsamlı bir yönetim şeklini benimseme gibi değişiklikler yapılması gerekmektedir.

## **2. Türk Hukukundaki Durum, Paydaş Modeline İlişkin Çalışmalar ve Değerlendirmeler**

Pay sahibi önceliği modeli, şirket yönetiminde bulunan kimsele-  
rin kendi çıkarlarını ön planda tutup pay sahiplerinin ve şirketin çıkarını ikinci plana atmasının önlenmesi açısından faydalı bir modeldir. Daha önceden izah edildiği üzere (bkz. bölüm III. A.), hukukumuza getirilen SPK kurumsal yönetim ilkeleri ve çeşitli TTK hükümleri ile pay sahiplerinin de yönetimde söz sahibi olabilmesi, yönetimdeki işler hakkında bilgi sahibi olabilmesi, denetleme yapabilmesi ve hukuka aykırılıklar karşısında dava açabilmesine katkıda bulunularak çıkarları korunmaya çalışılmıştır. Ancak şirketin amacı, faaliyetleri ve

başka ticarî ilişkileri de esas alındığında, bu modelin katı bir şekilde ve adeta yasal bir hüküm gibi algılanarak uygulanmaması gerekmektedir. Zira pay sahipleri dışında şirketle herhangi bir yoldan ilişki içerisinde bulunan paydaşların (çalışanlar, müşteriler, tedarikçiler, alacaklılar) da menfaatlerinin korunması gerekmektedir.

Paydaş önceliği modelini destekler nitelikteki örneklerden birini, TTK m. 339/2-f'te belirtilen *kurucularla yönetim kurulu üyelerine ve diğer kimselere şirket kârından sağlanacak menfaatler* oluşturmaktadır. Bu madde hükmünün ifadesinden, anonim şirketlerde esas sözleşmede hüküm bulunması kaydıyla, şirketle ilgili diğer menfaat gruplarına da bazı menfaatlerin sağlanabileceği anlaşılmaktadır. Öğretide bir görüş, anonim şirketler hukukunda menfaat kavramının, mümkün oldukça şirketin hukuksal ve ekonomik açıdan devamını getirmeye çalışan bir anlamı taşıdığı ve sadece şirketi değil, şirketle doğrudan veya dolaylı şekilde ilişki kurmuş olan geniş bir çevreyi de kapsadığını savunmaktadır<sup>167</sup>. Bir başka görüş de yine esas sözleşmeye getirilecek bir hükümlerle bu menfaatin sınırlarının daraltılıp genişletilebileceği ve somutlaştırılabileceğini düşünmektedir<sup>168</sup>.

Bir başka örnek olarak da temsil sorunu konusunda bahsedilen HOP'lar verilebilir. Nitekim günümüzde yeniden yapılandırmanın bir şekli olarak görülen HOP'larda, şirkette esneklik sağlanıp yöneticilerin yanı sıra işçi, memur, müşavir ve danışmanlara da hisse edinmelerine imkân verilmektedir<sup>169</sup>. Buna örnek olarak, TTK m. 522'de düzenlenen çalışanlar ve işçiler lehine yapılmış olan şirketin isteği ile ayırdığı yedek akçe, TTK m. 379 gereği şirketlerin esas veya çıkarılmış sermayelerinin %10'una kadar olan paylarını iktisap edebilip bu yeni hisselerini çalışanlarına avans veya prim olarak verebilmesi, TTK m.

<sup>167</sup> Tekinalp, Ünal; "Türk Ticaret Kanunu Tasarısının Kurumsal Yönetim Felsefesine Yaklaşımı", **Uğur Alacakaptan'a Armağan**, S.: 1, C.: 2, İstanbul 2008, ss. 635-652, s. 637.; Özdemir, Semih Sırrı/ Tamer, Elanur; "Kurumsal Yönetim İlkeleri Işığında Anonim Şirketlerde Genel Kurula İlişkin İlkelerin Değerlendirilmesi", **Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi**, S.: 14, Aralık 2019, ss. 329 -373, s. 333'deki dn.

<sup>168</sup> Helvacı, Mehmet; "Özellikle Anonim Şirket Açısından Menfaat Kavramı", **Prof. Dr. Hamdi YASAMAN'a Saygı Konferansı**, İstanbul 2017, kaynak: www.lexpera.com, e.t.: 15.11.2018, s. 23, Nakleden: Özdemir/ Tamer, s. 333'deki dn.

<sup>169</sup> Coşkun, <http://www.erdem-erdem.av.tr/yayinlar/hukuk-postasi>, e.t.: 12.05.2020.



380'deki çalışanların şirket hisselerini edinebilmeleri için şirketin finansal yardımı gösterilebilir. Bununla birlikte, TTK m. 463'te düzenlenen sermayenin şartlı artırımında ilke olarak belirlenen: "*Genel kurul, yeni çıkarılan tahviller veya benzeri borçlanma araçları nedeniyle, şirketten veya topluluk şirketlerinden alacaklı olanlara veya çalışanlara, esas sözleşmede değiştirme veya alım haklarını kullanmak yoluyla yeni payları edinmek hakkı sağlamak suretiyle, sermayenin şarta bağlı artırılmasına karar verebilir.*" hükmü de HOP'lara atıf yapmaktadır<sup>170</sup>. Böylelikle HOP'lar ile birlikte pay sahiplerinin yanında paydaş çıkarlarının da korunması ve kendilerinin şirkete kazandırılması hedeflenmektedir.

TTK'nın pay sahiplerine getirmiş olduğu *eşit işlem ilkesi* açısından da bir değerlendirme yapmak gerekir. Zira eşit işlem ilkesini düzenleyen TTK m. 357'nin gerekçesinde, kanun koyucunun bu hükmü pay sahiplerine özgülediği, ilkenin pay sahiplerinin pay sahibi sıfat ve konumlarıyla ilgili olduğundan bahsedilmiştir. Bu açıdan bakıldığında, hükmün pay sahibi önceliği modeline yakın olduğu görülmektedir. Ancak öğretilerde aksi düşünceler mevcuttur. Bir görüş, gerekçede belirtilen sınırlamaya rağmen kurumsal yönetim felsefesinin TTK'nın temel felsefelerinden biri olduğunun kabulü durumunda geniş anlamda eşit işlem ilkesinin diğer menfaat sahipleri için de tamamen karşılıksız kalmadığının kabulünün gerektiğinden söz etmektedir<sup>171</sup>. Bir diğer görüş de TTK m. 357 gerekçesinde hükmün pay sahiplerine özgülenmesi ile birlikte, İsviçre öğretisindeki daha çok malvarlıksal haklar açısından intifa senedi sahiplerinin de eşit işlem ilkesinden faydalanabilip genel kurul kararlarının iptalini isteyebilecekleri yönündeki kabulün aksine bizim hukukumuzda intifa senedi sahiplerine yer verilmediğini belirtmektedir. Bu görüşe göre, intifa senedi sahipleri yalnızca esas sözleşmede açık bir şekilde iptal davası açma hakkı verilmesi durumunda bu haktan ve eşitlik ilkesinden yararlanabilecekler-

<sup>170</sup> Örneklendirmeler için bkz. Coşkun, <http://www.erdem-erdem.av.tr/yayinlar/hukuk-postasi>, e.t.: 12.05.2020.

<sup>171</sup> Eminoğlu, s. 81.

dir<sup>172</sup>. Bizim düşüncemiz, eşit işlem ilkesinin muhataplarının sadece pay sahibi ile şirket olmaması, diğer paydaşları da kapsamı gerektiği yönündedir. Nitekim TTK'nın genel gerekçesinin 89. nolu paragrafındaki: *"...Eşit işlem sadece pay sahiplerine değil, daha geniş bir çevreye, açıkçası çalışanlara, alacaklılara, müşterilere, yani şirketle menfaat ilgileri bulunanlara, hatta kamuya yönelmiştir. İlkedeki bu toplumsal açılım gün geçtikçe daha öne çıkmaktadır..."* ifadesi de bunu desteklemektedir. Bu gerekçeden hareketle, limited şirketler bakımından eşit işlem ilkesini düzenleyen TTK m. 627 gerekçesinde de eşit işlemin pay sahiplerine yönelik olduğu; ancak Amerika'daki şirketler anlamında paydaş modelinin benimsenmesi ile birlikte ilkenin muhataplarının çoğaldığı sonucuna varılmaktadır.

Kurumsal yönetim ilkelerinin uygulanabilmesi için gerekli düzenlemelerden bir diğeri de yönetim kuruluna ilişkin olan SPK'nın yayınladığı Tebliğ'de (30.12.2011 tarih ve 28158 sayılı RG'de yayımlanan Kurumsal Yönetim İlkelerinin Belirlenmesine ve Uygulanmasına İlişkin Tebliğ, Seri:IV, No:56.) yer alan düzenlemedir. Dikkat edilmesi gereken nokta, şirketin sürdürülebilirliğinin sağlanması için yönetim kurulunun menfaat sahiplerinin yararına hareket edebilmesinin bir gereklilik olmasıdır. Bunun gerçekleşebilmesi, yönetim kurulu üyelerinin bağımsız üyelerden oluşmasından geçmektedir<sup>173</sup>.

Sermaye Piyasası Mevzuatı kapsamında bulunan şirketlerdeki yönetim kurulu üyelerine ilişkin önemli ayrımlardan birisini de icracı olan ve icracı olmayan yönetim kurulu üyeleri oluşturmaktadır. Zira icracı yönetim kurulu üyeleri, şirketin faaliyetinin merkezinde bulunup günlük karar alma ve uygulamaya koyma işlemlerini şirket adına bir çalışanı gibi yürütürken, icracı olmayan yönetim kurulu üyeleri, şirketin genel politikasını yürütüp, kurumsal yönetimin gerçekleşebilmesi ve şirketin kurumsallaştırılabilmesi için gerekli stratejileri

<sup>172</sup> Akdağ Güney, Necla; "Anonim Şirketlerde Eşitlik İlkesi", **GÜHFD**, C.: XVIII, S.: 3-4, 2014, ss. 115-135, s. 124.

<sup>173</sup> Erdem, H.ERCÜMENT; "Kurumsal Yönetim İlkeleri Doğrultusunda Bağımsız Yönetim Kurulu Üyeleri", **HUKUK POSTASI**, kaynak: <http://www.erdem-erdem.av.tr/yayinlar/hukuk-postasi>, e.t.: 16.04.2020.ERCÜMENT, kaynak: <http://www.erdem-erdem.av.tr/yayinlar/hukuk-postasi>, e.t.: 16.04.2020.

belirlemektedir. Tüm bunları yaparken icracı olmayan yönetim kurulu üyelerinden, üst yönetimde uzmanlık, hesap verebilme ve şeffaflığı ve işbölümünü sağlayabilmeleri adına bağımsız olmaları beklenmektedir.<sup>174</sup> Sonuç itibarıyla, yönetim kurulu üyelerinin bağımsızlığının gerçekleştirilebilmesi, pay sahiplerinin çıkarlarını büyük ölçüde koruma altına almasının yanında paydaşların haklarının da korunabilmesi için bağımsız ve güçlü kimselerin yönetimde kalmasını sağlar.

Bahsedilmesi gereken diğer bir yönetim kurulu üyeliği inançlı ve bağımlı yönetim kurulu üyeliğidir. Nitekim bazı menfaat sahipleri, çıkarlarının büyüklüğü nedeniyle, şirket yönetimine doğrudan müdahalede bulunma gereği duyarlar. Örneğin, hâkim şirket, hâkim pay sahibi konumundaki menfaat sahipleri, genel kurulda oy kullanarak yönetim kuruluna seçilmelerinde etkileri oldukları üyelerin, aynı zamanda kendi verecekleri talimatlar doğrultusunda davranmalarını isterler. İşte tam bu gereksinimlerden dolayı bağımlı ve inançlı yönetim kurulu üyeliği ortaya çıkar.<sup>175</sup> Paydaşların çıkarlarını korumak için başka bir örneği, bağımlı yönetim kurulu üyeliğinin türlerinden birisi olan inançlı yönetim kurulu üyeliğinde, üyenin şirkete karşı sır saklama yükümlülüğü ile menfaat sahibiyle arasındaki inançlı yönetim sözleşmesinden doğan bilgi verme borcunun ihtilaf halinde olması oluşturmaktadır. Paydaşın üçüncü bir kişi (örneğin şirkete kredi kullandıran bir banka) olması halinde, kendisine bilgi verilmesi imkânı, bir sözleşme ile ya da yönetim kurulunun inançlı üyeyi sır saklama yükümlülüğünden muaf tutması yoluyla da gerçekleştirilebilir. Men-

<sup>174</sup> Bkz. SPK'nın 56 No'lu Tebliği m. 4.2: Yönetim Kurulunun Faaliyet Esasları, 4.2.1: "Yönetim kurulu faaliyetlerini şeffaf, hesap verebilir, adil ve sorumlu bir şekilde yürütür." Bağımsız yönetim kurulu üyelerini oluşturmanın hangi şirketler açısından zorunlu olduğuna ilişkin açıklamalar, Ocak 2014'te yayımlanan bugün halen yürürlükte olan Kurumsal Yönetim Tebliği m. 5/2'de yer almaktadır. Bkz. II-17.1 sayılı Kurumsal Yönetim Tebliği (KYT), T.: 03.01.2014, S.: 28871. Bir yönetim kurulu üyesinin bağımsız üye olarak kabul edilmesi için gerekli kıstaslar ise Seri: IV, 56 No'lu Tebliğin 4.3. Yönetim Kurulunun Yapısı ana başlığını taşıyan 4.3.7. No'lu alt maddesinde verilmiştir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Pazarbaşı, Gülşen; **Bağımsız Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğu**, Seçkin Yayıncılık, 1. Baskı, Ankara 2018, s. 9.; Ercüment, kaynak: <http://www.erdemerdem.av.tr/yayinlar/hukuk-postasi>, e.t.: 16.04.2020.

<sup>175</sup> Korkut, Ömer; **Anonim Şirketlerde İnançlı Yönetim Kurulu Üyeliği, Adalet Yayınevi**, 1. Baskı, Ankara 2007, s. 1.

faat sahibi hâkim şirket ise bu durum, bağlı şirketin sırrının saklanması yararının ihlâlini oluşturmamakla birlikte, azınlık pay sahiplerinin çıkarlarının bulunması sebebiyle hâkim şirketin bağlı şirkete tamamen hâkim olmasında olduğu gibi bilgi verme kapsamı çok geniş tutulmamalıdır<sup>176</sup>.

Tüm açıklamalardan hareketle, ortaya pay sahibi önceliği modelinin yanında paydaş önceliği modelinin de benimsenmesi gerektiği sonucu çıkmaktadır. Ancak dikkat edilmesi gereken başka bir durum da bulunmaktadır. Bu durum, paydaş önceliği teorisinin bir çıkar çatışması yaratabileceği sorunsalıdır. Öte yandan, bu menfaat sahiplerinin tatmin edilmesi beklenen menfaatleri de çok zaman birbiri ile çelişen menfaatler olabilmektedir. Örneğin, müşteriler, düşük fiyat, yüksek kalite ve iyi hizmet beklerken; çalışanlar, iyi çalışma koşulları, yüksek ücret ve tatil, sağlık harcamaları ve emeklilik ödemeleri gibi ek mali haklar; şirket tedarikçileri ise düşük risk ve yüksek getiri isterler. İşte paydaş teorisi, menfaat sahiplerinin yararının dikkate alınması gerektiğini savunmakla birlikte, söz konusu menfaatler genellikle birbiri ile çelişen ve uzlaştırılması mümkün olmayan menfaatler olduğundan, bunlardan hangisinin ön planda tutulacağına karar verilmesi gerekecek; diğer deyişle yukarıda da belirtildiği gibi birden fazla amacın şirket amacı olarak belirlenmesi mümkün olmayacaktır<sup>177</sup>. Bunun yanında ülkemizde anonim şirketlerde tüzel kişilik perdesinden faydalanmak amacıyla kurulmuş aile şirketlerinin sayısı

<sup>176</sup> Ayrıntılı açıklamalar için bkz. Korkut, s. 137-138.

<sup>177</sup> Bkz. Özdoğan Yılmaz, Aysegül; Halka Açık Anonim Ortaklıklarda Yöneticilerin Mali Hakları, **Yüksek Lisans Tezi**, Ankara 2009, s. 17. Hangi paydaşın menfaatine öncelik verileceği hususunda bir belirsizlik olduğunda, izlenmesi gereken en doğru yol, *şirketin menfaatinin* esas alınarak hareket edilmesidir. Zira böyle bir yol, şirketin işleyişine olumlu katkı sağlayacak ve bu durum diğer menfaat sahiplerini de koruyacağından, yönetim kurulunun *şirket menfaatinin önceliği ilkesini* gözetmesi gerekmektedir. Bkz. Korkut, Ömer; "Anonim Şirketlerde Şirket Menfaati Kavramının Somutlaştırılması", **Çukurova Üniversitesi İİBF Dergisi**, C. 11, S. 2, 2007, ss. 1-9, s. 1 vd.. Örneğin, yönetim kurulu kendi çıkarlarını ya da başka bir kimsenin çıkarını daha üstte tutarak şirketin menfaatinin zarara uğratırsa, kendilerine karşı sorumluluk hükümleri işletilebilir. Bkz. Akın, Murat Yusuf/ Sulu, Muhammed, "Yönetim Kurulu Üyeleri Menfaati ile Şirket Menfaatinin Çatışması Bağlamında Sorumluluk", **MÜHF Hukuk Araştırmaları Dergisi**, C. 25, S. 1, 2019, ss. 169-184, s. 169-172.

fazla olduğundan, bu tür şirketlerde pay sahiplerinin kendi menfaatlerini diğer paydaşlardan daha üstün tutulması da kaçınılmaz olan bir şeydir<sup>178</sup>.

Sonuç olarak şirketlerin amacı doğrultusunda hazırlanmış olan kurumsal yönetim ilkelerinden hareketle, şirkette önemli yer oluşturan ve uzun yıllardır süregelen pay sahiplerinin, mevcut değerlerinin maksimizasyonunun sağlanması, yani pay sahibi önceliği modelinin gerekli durumlarda işletilmesi gerekmektedir<sup>179</sup>. Ancak bunlar gerçekleştirilirken, pay sahipleri şirketin tek sahibiymiş gibi görülerek modelin katı bir suretle uygulanmaması, sosyal bir norm olarak yerini koruması gerekmektedir. Zira şirketlerin faaliyetlerinden etkilenen veya sürdürülebilirliğini etkileyen ve paydaş olarak adlandırılan diğer menfaat gruplarının da çıkarlarının gözetilmesi gerekmektedir. TTK ile birlikte getirilen düzenlemeler pay sahibi önceliği ve paydaş önceliği modellerinin ikisini de yansıtmakla birlikte, SPK'nın getirdiği kurumsal yönetim ilkelerine bakıldığında, bu ilkelerin paydaş önceliği modeline önem verildiği, böylelikle şirketle ilgili tüm menfaat sahiplerinin mümkün oldukça haklarının korunmaya çalışıldığı söylenebilir.

Bu hususta, şirketin faaliyetlerini gerçekleştiren yönetim kurulu üyeleri, müdür ve yöneticilere çok iş düşmektedir. Bu kimseler, kendilerine yasa ile tanınmış rapor sunma ve bilgilendirme görevlerini yerine getirmeli, şeffaflık ve hesap verilebilirlik ilkelerini uygulamak suretiyle şirket yönetimine pay sahibi olmayan kimselerin de katılımı sağlayabilmelidir. Dolayısıyla kimi durumlarda şirketin menfaatinden önce pay sahiplerinin menfaatlerini düşünmeli, kimi durumlarda ise şirket kendi çıkarını pay sahibi veya ilgili üçüncü kişilerin çıkarlarından üstün tutabilmelidir. En çok da paydaşların menfaatleri arasında çatışma bulunup bu hususta da bir yasal düzenleme bulunmaması

---

<sup>178</sup> Durna, Erdi Aklan; "Anonim Ortaklığın Amacının Ne Olduğu Sorunsalı Çerçevesinde; Pay Sahipliği Değeri (Shareholder Value) Teorisi İle İlgililer/menfaat Sahipleri (Stakeholder) Teorisinin Karşılaştırılması", **Mersin Barosu Dergisi**, S.: 42, Ocak 2019, ss. 75-81, s. 81.

<sup>179</sup> Örnekler için bkz. III. A. 1. başlığı.

halinde, şirket menfaatine öncelik tanınarak sorunlar çözülmeye çalışılmalıdır. Örneğin, yönetim kurulu üyelerinin özen ve bağlılık yükümlülüğünü anlatan TTK m. 369/1'de "...*şirketin menfaatlerini dürüstlük kurallarına uyarak gözetmek yükümlülüğü altındadırlar.*" ifadesi geçmektedir. Maddenin gerekçesinde: "...*Bu yüküm ile yönetim kurulu üyesinin kişisel menfaatini, hâkim pay sahibinin veya pay sahiplerinin ve onların yakını olan gerçek ve tüzel kişiler ile üçüncü kişilerin menfaatini, şirketin menfaatinin önüne geçirmemesi kastedilmiştir. Hüküm, menfaatler çatışması bulunan hallerde yönetim kurulunun gerekli önlemleri almasını ve arm's length temelinde yani, hâkim ortağı ve onun yakınlarını kayırmadan şirket için, şirketin menfaati için rekabet şartlarına uygun olarak pazarlık yapmasını ifade eder...*" denilmiştir. Buradan çıkan anlam, yönetim kurulu üyelerinin, kendilerine yasa tarafından tanınan haktan dolayı, dürüstlük kuralına uymak suretiyle, belirli bir grubun kişisel çıkarlarına hizmet etmeden şirket menfaatini koruması gerektiğidir. Yönetim kurulu üyeleri tüm bu görevlerini yerine getirirken yine TTK m. 369/1 gereği, tedbirli bir yöneticinin özeniyle hareket etmek durumundadır. Yine bu hükmün gerekçesinde, tedbirli yöneticiye ilişkin kıstas, yönetim kurulu üyesinin kurumsal yönetim ilkelerine uygun olarak *işadamı kararı (business judgment rule)* verebilmesi olarak belirlenmiş ve riskin bundan doğduğu hallerde üyenin sorumlu tutulmaması kabul edilmiştir. Dolayısıyla bu kural gereği, duruma uygun araştırmalar yapıp, ilgililerden bilgiler alınıp yönetim kurulunda karar verildiği halde gelişmeler tamamen aksi yönde olup şirket zarar etmişse, bu durumda özensizlikten söz edilemeyecektir<sup>180</sup>.

### **3. Uygulanan Model Bakımından Hukuk Sistemimiz ile Amerikan ve İngiliz Hukuk Sisteminin Kıyaslanması**

Ülkemiz hukuk sistemi (Kara Avrupası) ile Amerikan ve İngiliz hukuk sistemi (Common Law) arasındaki yapısal farklılıklardan dolayı pay sahibi önceliği modeli ile paydaş modelinin de uygulamaları farklılık arz edebilmektedir. Amerikan ve İngiliz hukuk sistemlerinde,

<sup>180</sup> Bkz. TTK m. 369 gerekçesi.

genellikle şirketin payları şirketi tek başına idare edemeyecek şekilde çok fazla pay sahibine dağıldığından ve sermaye piyasaları gelişmiş olduğundan, daha çok pay sahibi değerlerinin maksimizasyonu ön planda tutulmuştur. Bu nedenle pay sahiplerinin çıkarlarının korunabilmesi ve vekâlet sorununun ortadan kaldırılabilmesi için teşvik niteliği taşıyan mali haklar sözleşmesinin yapılması zorunlu tutulmuştur<sup>181</sup>. Son zamanlarda ise pay sahibi önceliği modelinin olası sakıncalarının önüne geçilmesi adına paydaş teorisine geçiş hususunda önemli çalışmalar yapılmış ve bu hususta diğer şirket ilgililerinin de hakları koruma altına alınmaya çalışılmıştır.

Bizim hukuk sistemimizde ise pay sahipliği kavramı, Common Law sistemine kıyasen daha az yaygın ve sermaye piyasaları daha az gelişmiş olduğundan, pay sahiplerinin şirketteki etkinliği ve kontrolü daha fazladır. Bu nedenle diğer menfaat sahiplerinin haklarını gözetilen paydaş modeline eğilim daha ön plandadır. Dolayısıyla bankalar, kurumsal yatırımcılar, aileler ve diğer şirketler, şirkette hâkim ortak olarak kendisini gösterdiğinden, şirket içerisindeki bilgilere de ulaşabilme ve yöneticilerin performanslarını takipleri nispeten kolay olduğundan, mali haklar sözleşmesi gibi uygulamalara fazla ihtiyaç duyulmamaktadır<sup>182</sup>.

Ancak her ne kadar pay sahibi önceliği modeli ile paydaş önceliği modeli birbirine tezat olarak görülse de hem OECD hem de SPK kurumsal yönetim ilkelerine bakıldığında, gerek pay sahiplerinin değerleri artırılarak gerekse menfaat sahiplerinin hakları gözetilerek iki modelin de korunmaya çalışıldığı görülmektedir.

Bunun yanında, şirketin ayrı bir tüzel kişiliğe sahip olması, bazı durumlarda kendi menfaatinin de esas alınmasını gerektirebilir. O halde pay sahibi önceliği ve paydaş modelinin yanında gözetilmesi gereken bir diğer model de şirket menfaati olmalıdır<sup>183</sup>.

---

<sup>181</sup> Bkz. Durna, s. 80-81.

<sup>182</sup> Bkz. Durna, s. 81.

<sup>183</sup> Hukukumuzda şirket menfaati ile ilgili bazı hükümler: TTK m. 202 (hakimiyetin aykırı kullanılması), 358 (pay sahiplerinin şirkete borçlanma yasağı), 369 (yöne-

## SONUÇ

Şirketler hukukunu etkisi altına alan kurumsal yönetim şekillerinden birisi olan pay sahibi önceliği modeli, geniş kabul görmüş ve uzun zamandır çok uluslu küresel şirketlerde yaygın bir biçimde uygulanmıştır. Amerika'da esas çıkışını yakalayan bu model, beraberinde Birleşik Krallık ve AB ülkeleri de olmak üzere pek çok ülkenin hukuk sistemi tarafından da benimsenmiştir. Ancak pay sahibi önceliği, kusurları olduğu ve şirket sürdürülebilirliğinin önünde bir engel oluşturması nedeniyle zaman içerisinde yerini paydaş temelli modele bırakma yolundadır.

Pay sahibi önceliği modeli ile paydaş modeli savunucuları arasında uzun zamandır devam etmekte olan tartışmalar mevcuttur. Pay sahibi önceliği modelinin savunucuları, şirketlerin hedeflerini gerçekleştirebilmeleri ve büyüebilmelerinin pay sahiplerinin değerlerinin maksimizasyonundan geçtiğini belirtmekte iken; paydaş modelinin savunucuları, şirketin müşterileri, tedarikçileri, çalışanları, yatırımcıları ve toplum gibi sadece pay sahipleri değil, diğer tüm menfaat sahipleri için de değerler yaratabilmesinin ve bu değerleri dengeleyebilmesinin şirketin devamlılığındaki önemini vurgulamaktadır.

Pay sahibi önceliği, özellikle Amerika'da olmak üzere, uzun bir dönem radikal pay sahibi önceliğini geliştiren ve kullanımını çok uluslu küresel şirketlere yayan bir model olmasına karşın, daha çok ekonomik ve finansal krizleri içinde barındırması ve temelini sağlam olmaması nedeniyle yasalarda yer alacak şekilde bir pozitif hukuk haline gelmemelidir. Dolayısıyla bu model, şirkete fayda sağlayabileceği gözetilerek daha çok yol gösterici sosyal bir norm olarak kullanılmalı ve doğrudan şirket yönetimini ve dolayısıyla yöneticilerini yönlendirecek bir yasal norm olarak kullanılmamalıdır. Nitekim yine başta Amerika'nın iş insanları ile akademisyenleri ve AB komisyonunun çalışmaları olmak üzere, pek çok ülkede, yöneticilerin tek hedefinin pay sahibi değeri maksimizasyonu olmaması, hesap verebilirliğin,

---

tim kurulu üyelerinin özen borcu), 393 (müzakereye katılma yasağı), 437 (bilgi alma hakkı), 531 (haklı sebeple fesih).



şeffaflığın ve eşitliğin mümkün olabildikçe diğer paydaşlara da yayılması yönünde çalışmalar yapılmakta ve yeni yönetim modeli oluşturulmaya çalışılmaktadır.

Bizim hukuk sistemimize bakıldığında ise SPK ile getirilen kurumsal yönetim ilkeleriyle birlikte pay sahiplerinin menfaatlerinin korunup değerlerinin maksimize edilmeye çalışılmasının yanında, menfaat sahiplerinin çıkarlarının da gözetildiği görülmektedir. TTK ile birlikte ise gerek pay sahiplerine ve yönetime ilişkin gerekse şirketle ilgili kimselere ilişkin düzenlemelerle birlikte hem pay sahiplerinin menfaati korunmuş hem de diğer paydaşların haklarının da korunması amaçlanmıştır. İlkeler ve maddeler, kurumsal yönetimin amacı ve şirketin devamlılığı bakımından yeterli gibi görünse de bu hususta özellikle yönetimden sorumlu kimselere bazı görevler düşmektedir. Buna göre, bu kimseler, kendilerine yasa ile tanınmış rapor sunma ve bilgilendirme görevlerini yerine getirmeli, şeffaflık ve hesap verilebilirlik ilkelerini uygulamak suretiyle şirket yönetimine pay sahibi olmayan kimselerin de katılımını sağlayabilmelidir.

Bizim hukuk sistemimiz olan Kara Avrupası sistemi, Amerikan ve İngiliz hukukunda uygulanan Common Law sisteminden farklılık arz ettiği için bu durumlar şirketler hukukuna ve kurumsal yönetim teorilerine de yansımıştır. Nitekim bizim şirketler uygulamamızda sermaye piyasaları ve pay sahipliği yaygınlığı, Amerika ve İngiltere'ye kıyasen daha az olduğundan, paydaşların, performansları izleyip şirket yönetimi ve işlerine ulaşabilme, bilgi edinebilme ve bunları kontrol edebilmeleri daha mümkün hale geldiğinden, paydaş önceliği modeline SPK'da da görüldüğü üzere daha çok eğilim bulunmaktadır.

Sonuç olarak sürdürülebilir bir şirket yaratabilmek için, pay sahibi önceliği kullanımının yanında, şirketler hukukundaki yeni gelişmeler doğrultusunda sadece pay sahiplerinin kısa dönemli finansal çıkarlarıyla sınırlı kalınmayıp, uzun vadeli ve sürdürülebilir finansal destekler bir şirket haline gelmesi ve bu hususta yöneticilere görev ve sorumluluklar verilmesi, diğer paydaşların çıkarları da gözetilerek hareket edilmesi gerekmektedir. Yalnızca pay sahibi modeli ile yalnız-

ca paydaş modelinin katı bir şekilde kullanımı, şirketin amacına ve eylemlerine engel oluşturabileceğinden, faaliyet hayatı boyunca pay sahiplerini ve diğer paydaşlarını bir bütün halinde bünyesinde bulunduran şirketler için en sağlıklı, bu iki modelin de bir arada uyum halinde uygulanmasıdır. Menfaat çatışmalarının halen devam etmesi ve buna ilişkin yasal bir çözüm bulunmaması durumunda ise izlenmesi gereken en doğru yol, yönetim kurulu tarafından şirket menfaatine öncelik tanınmasıdır. Bu yolların izlenmesi halinde hem şirketin devamlı surette kendi çıkarını pay sahiplerinin çıkarından üstün tutmasının önüne geçilir hem de şirket ile ilişki içinde olan diğer paydaşların da menfaatleri gözetilerek pay sahipleri ile diğer paydaşlar arasında bir menfaatler dengesi yaratılabilir.

## **KAYNAKÇA**

- Aglietta, Michel/ Reberiou, Antonie; **Corporate Governance Adrift: A Critique of Shareholder Value**, Edward Elgar Publishing, 2005.
- Akbulak, Yavuz; "Türk Sermaye Piyasasında Esaslı Bir Devrim: Kurumsal Yönetim İlkeleri", **MÇD**, S.: 108, 2011, ss. 111-138.
- Akdağ Güney, Necla; "Anonim Şirketlerde Eşitlik İlkesi", **GÜHFD**, C.: XVIII, S.: 3-4, 2014, ss. 115-135.
- Akın, Murat Yusuf/ Sulu, Muhammed, "Yönetim Kurulu Üyeleri Menfaati ile Şirket Menfaatinin Çatışması Bağlamında Sorumluluk", **MÜHF Hukuk Araştırmaları Dergisi**, C. 25, S. 1, 2019, ss. 169-184.
- Anayurt, Ömer; **Hukuka Giriş ve Hukukun Temel Kavramları**, 17. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2017.
- Andaç, Faruk; **Hukukun Temel Kavramları**, 6. Baskı, Detay Yayıncılık, Ankara 2017.

- Bainbridge, Stephen; "A Duty to Shareholder Value", **The New York Times**, April 16/2015, kaynak: <https://www.nytimes.com>, e.t.: 01.04.2020.
- Berle, Adolf A./ Means, Gardiner G.; **The Modern Corporation and Private Property**, New York: Macmillan, 1932.
- Bilge, Necip; **Hukuk Başlangıcı**, 34. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara 2016.
- Cassidy, Julie; **Concise Corporations Law**, Fifth Edition, The Federation Press, 2006.
- Collison, David/ Cross, Stuart/ Ferguson, John/ Power, David/ Stevenson, Lorna; **Shareholder Primacy in UK Corporate Law: An Exploration of the Rationale and Evidence**, ACCA, London 2011.
- Corporate Human Rights Benchmark, **2018- Key Findings Apparel, Agricultural Products and Extractives Companies**, November 2018.
- Coşkun, Fırat; "Türkiye'deki Hisse Opsiyon Planları", **Hukuk Postası**, 2017, kaynak: <http://www.erdem-erdem.av.tr/yayinlar/hukuk-postasi>, e.t.: 12.05.2020.
- Dağlı, Hüseyin/ Ayaydın, Hasan/ Eyüboğlu, Kemal; "Kurumsal Yönetim Endeksi Performans Değerlendirmesi: Türkiye Örneği", **MUFAD Journal**, S. 48/ 2010, ss.: 18-31.
- Durna, Erdi Aklan; "Anonim Ortaklığın Amacının Ne Olduğu Sorunsal Çerçevesinde; Pay Sahipliği Değeri (Shareholder Value) Teorisi İle İlgililer/menfaat Sahipleri (Stakeholder) Teorisinin Karşılaştırılması", **Mersin Barosu Dergisi**, S.: 42, Ocak 2019, ss. 75-81.
- Eminoğlu, Cafer; "Anonim Şirket Pay Sahipleri Açısından "Eşit Şartlarda Eşit İşlem" İlkesi", **TFM**, C.: 1 , S.: 1, 2015, ss.: 79 – 88.
- Eminoğlu, Cafer; **Türk Ticaret Kanunu'nda Kurumsal Yönetim (Corporate Governance)**, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul 2014.

- Erdem, H. Ercüment, "Kurumsal Yönetim İlkeleri", **Hukuk Postası**, Ekim 2011, kaynak: <http://www.erdem-erdem.av.tr/yayinlar/hukuk-postasi/kurumsal-yonetim-ilkeleri>, e.t.: 16.04.2020.
- Eriş, Gönen; **Anonim Şirketler Hukuku**, 1. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara 1995.
- Erturk, Ismail/ Froud, Julie/ Johal, Sukhdev/ Leaver, Adam/ Williams, Karel; **Financialization at Work**, Routledge, 2008.
- Göktürk, Kürşat; "Amerikan, Alman, İsviçre ve Türk Hukukunda İşadamları Kararı İlkesi", **İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 2, S. 2, 2011, ss. 207-247.
- Gözler, Kemal; **Genel Hukuk Bilgisi**, 17. Baskı, Ekin Basım Yayım Dağıtım, Bursa 2017.
- Grant, M. Hyden/ Bodie, Matthew T.; "The Uncorporation And The Unraveling Of "Nexus Of Contracts" Theory", **Michigan Law Review**, Vol.: 109, Iss.: 6, 2011, pg. 1127-1144.
- Hansmann, Henry/ Kraakman, Reinier; "The End Of History For Corporate Law", **Harvard Law School Cambridge**, Discussion Paper No. 280, 3/2000, p. 1-34.
- Haşit, Gürkan/ Uçar, Aslı "Sermaye Piyasası Kurulu (SPK) Kurumsal Yönetim İlkelerinden Yönetim Kurulu İlkesinin İncelenmesine Yönelik Nitel Bir Araştırma", **Sakarya İktisat Dergisi**, C. 3, S. 2/2014, ss. 85-113.
- Ireland, Paddy; "Defending the Rentier: Corporate Theory and the Reprivatization of the Public Company", (Ed.: John Parkinson, Gavin Kelly, Andrew Gamble), **The Political Economy of the Company**, 2001, pg.: 141-173.
- Jensen, Michael C. / Meckling, William H.; "Theory Of The Firm: Managerial Behavior, Agency Costs And Ownership Structure", **Journal Of Financial Economics**, Vol. 3, 1976, pg. 305-360.

- Keay, Andrew; **Board Accountability in Corporate Governance**, First Published, Routhledge, 2015.
- Kervankıran, Emrullah; **Alman Hukuku'nda Business Judgement Rule'nin Kodifikasyonu-Türk ve Amerikan Hukuku ile Karşılaştırmalı Bir Değerlendirme**, Prof. Dr. Hüseyin Ülgen'e Armağan, C. 1, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2007.
- Kılıç, Harun; "The Legal Systems of Germany and USA Regarding Share- and Stakeholder Capitalism", **Journal of Social Policy Conferences**, Iss. 72, 2017/1, pg. 171-204.
- Korkut, Ömer; **Anonim Şirketlerde İnançlı Yönetim Kurulu Üyeliği**, Adalet Yayınevi, 1. Baskı, Ankara 2007.
- Korkut, Ömer; "Anonim Şirketlerde Şirket Menfaati Kavramının Somutlaştırılması", **Çukurova Üniversitesi İİBF Dergisi**, C. 11, S. 2, 2007, ss. 1-9.
- Koutsias, Marios; "Shareholder Supremacy in a Nexus of Contracts: A Nexus of Problems", **Business Law Review**, Vol.: 38 Iss.: 4, 2017, pg. 136-146.
- Kurt, Gülüzar/ Demir, Gönenc; "Türk Ticaret Kanunu Tasarısı'nda Profesyonelleşme ve Vekâlet Teorisi", **HPD**, S.: 06, 2006, ss. 60-66.
- Kurt, Mustafa/ Kayacan, Murad; "Kurumsal Yönetimde Finansal ve Yönetimsel Konular: Kurumsal Yönetim İlkeleri"nin İçerik Analizi", **TOBB Ekonomi ve Teknoloji Üniversitesi Orta Anadolu İşletmecilik Kongresi**, Ankara 2005.
- Lan, L. L/ Heracleous, L.; "Rethinking Agency Theory: The View from Law", **Academy of Management Review**, 15(2), 2010.
- Macey, Jonathan R.; "A Close Read of an Excellent Commentary on Dodge V. Ford", **Virginia Law & Business Review**, Vol. 3, Spring 2008, Number: 1, pg. 177-189.

- Macintosh, John C.C.; "The Issues, Effects and Consequences of the Berle–Dodd Debate", 1931–2', **Accounting, Organizations and Society**, Vol.: 24 Iss.: 2, 1999, pg.: 139–153.
- Mélon, Lela; **Shareholder Primacy and Global Business: Reclothing the EU Corporate Law**, First Edition, Routledge, 2019.
- Millon, David; "Corporate Social Responsibility and Environmental Sustainability", **Company Law and Sustainability-Legal Barriers and Opportunities**, (ed. Beate Sjaffell/ Benjamin J. Richardson), First Published, Cambridge University Press, 2015.
- Millstein, I. "Corporate Governance Reform in Asia", **Corporate Governance Advisor**, January/February, 1999.
- Mukwiri, Jonathan; "Myth Of Shareholder Primacy In English Law", **European Business Law Review**, Vol.: 24, Iss. 2, 2014, pg. 217-241.
- Özdemir, Semih Sırrı/ Tamer, Elanur; "Kurumsal Yönetim İlkeleri Işığında Anonim Şirketlerde Genel Kurula İlişkin İlkelerin Değerlendirilmesi", **Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi**, S.: 14, Aralık 2019, ss. 329-373.
- Özdoğan Yılmaz, Ayşegül; Halka Açık Anonim Ortaklıklarda Yöneticilerin Mali Hakları, **Yüksek Lisans Tezi**, Ankara 2009.
- Özkorkut, Korkut; **Anonim Ortaklıklarda Yönetim Kurulu Kararlarının İptali**, Sermaye Piyasası Kurulu Yayını, No: 41, Ankara 1996.
- Palladino, Lenore; "How to End Shareholder Primacy", **Progressive Review**, Vol. 26, Iss. 4, Spring 2020, pg. 321-327.
- Paslı, Ali; **Anonim Ortaklık Kurumsal Yönetimi-Corporate Governance**, 2. Baskı, Çağa Hukuk Vakfı Yayınları, İstanbul 2004.
- Paslı, Ali; "'Compliance" Kavramının Anonim Ortaklıklar Hukukundaki Anlamı ve Sorumluluk Sistemine Etkisi", **İÜHF**, C. LXXI, S. 2, 2013, ss. 317-334.

Pazarbaşı, Gülşen; **Bağımsız Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğu**, 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2018.

Plessis, Jean du; "Shareholder Primacy And Other Stakeholder Interests", **Corporate Governance**, (Ed.: Jean Jacques du Plessis), Corporate Responsibility And Law, 2016, pg. 238-242.

Pulaşlı, Hasan/ Korkut, Ömer; **Temel Hukuk**, Gözden Geçirilmiş Genişletilmiş 18. Baskı, Karahan Kitabevi, Adana 2017.

Pulaşlı, Hasan; **Şirketler Hukuku Şerhi**, C. I, Güncelleştirilmiş ve Gözden Geçirilmiş Tıpkı 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2015.

Rhee, Robert J.; "A Legal Theory of Shareholder Primacy", **Minnesota Law Review**, 102:1951, 2018, pg. 1951-2016.

Rowbottom, N./ Schroeder, M. A. S.; "The Rise And Fall Of The UK Operating And Financial Review" **Accounting Auditing & Accountability Journal**, Vol.: 27, Iss.: 4, April 2014, pg.: 655-685.

Sjafjell, Beate/ Johnston, Andrew/ Anker-Sørensen, Linn/ Millon, David; "Shareholder Primacy: The Main Barrier To Sustainable Companies", **Company Law and Sustainability-Legal Barriers and Opportunities**, (ed. Beate Sjafjell/ Benjamin J. Richardson), First Publised, Cambridge University Press, 2015.

Smith, D. Gordon; "The Shareholder Primacy Norm", *The Journal Of Corporation Law*, Vol. 23, Iss. 2, Winter 1998, pg. 277-322.

Smith, N. Craig/ Rönnegard, David; "Shareholder Primacy, Corporate Social Responsibility, and the Role of Business Schools", **Journal of Business Ethics**, Vol. 125, No. 2, 2014, pg. 463-478.

Stout, Lynn; "Corporations Don't Have to Maximize Profits", **The New York Times**, April 16/2015, kaynak: www.nytimes.com, e.t.: 01.04.2020.

Stout, Lynn A., "The Toxic Side Effects Of Shareholder Primacy", **University of Pennsylvania Law Review**, Vol. 161, Iss. 7, June 2013), pg. 2003-2023.

Strine, Leo E.; "Our Continuing Struggle With The Idea That For-Profit Corporations Seek Profit", **Wake Forest Law Review**, Vol. 47, 2012, pg. 135-172.

Şakar, S. Ünal, **Araçları, Kurumları ve İşleyişi ile Sermaye Piyasası**, Anadolu Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Yayınları, 1997.

Tekinalp, Ünal; **Anonim Ortaklıklara İlişkin Yeni Hukuk Politikalarının Dinamikleri ve Bunlar Arasındaki İlişki**, Prof. Dr. Turgut Kalpsüz'e Armağan, 1. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara 2003.

Tekinalp, Ünal; "Türk Ticaret Kanunu Tasarısının Kurumsal Yönetim Felsefesine Yaklaşımı", **Uğur Alacakaptan'a Armağan**, S.: 1, C.: 2, İstanbul 2008, ss. 635-652.

Tumay, Meltem; "Why Corporate Social Responsibility: A New Concept In The 21st Century", **Yönetim ve Ekonomi Dergisi**, C.: 16, S.: 2, 2009, ss. 63-72.

Turanlı, Hüsnü; "Yeni Türk Ticaret Kanunu Işığında Anonim Şirket Yönetim Kurulu Kararlarının Hükümsüzlüğü", **GÜHFD**, C. XVII, S. 1-2, 2013, ss. 939-960.

Türedi, Selda, "Sermaye Piyasalarında Kotasyon Ve Kotasyonun Faydaları", **Mevzuat Dergisi**, 16/186, Haziran 2013, kaynak: <https://www.mevzuatdergisi.com/2013/06a/01.htm>.

Uyar, Süleyman; "Kurumsal Şeffaflığın Sağlanmasında Kurumsal Yönetim (Corporate Governance) Anlayışının Önemi", **MÇD**, 2004/ S. 66, ss. 1-15.

Verma, Vivek Kumar; "Do Directors Owe Fiduciary Duty To Shareholders?", 2017, kaynak: [www.indiancaselaws.wordpress.com](http://www.indiancaselaws.wordpress.com).

Zengin, Asiye Nur/ Altıok Yılmaz, Ayşe; "Kurumsal Yönetim İlkeleri ve Standartları", **Uluslararası Sosyal Araştırmalar Dergisi**, C. 10, S. 48/ 2017, ss. 684-702.



## **Yararlanılan İnternet Kaynakları**

[www.businessdictionary.com](http://www.businessdictionary.com)

[www.businessroundtable.org](http://www.businessroundtable.org)

[www.clr.org](http://www.clr.org)

[www.dictionary.cambridge.org](http://www.dictionary.cambridge.org)

[www.ec.europa.eu](http://www.ec.europa.eu)

[www.eur-lex.europa.eu](http://www.eur-lex.europa.eu)

[www.fastcompany.com](http://www.fastcompany.com)

[www.kararara.com](http://www.kararara.com)

[www.legislation.gov.uk/](http://www.legislation.gov.uk/)

[www.lexpera.com.tr](http://www.lexpera.com.tr)

[www.oecd.org](http://www.oecd.org)

[opportunity.businessroundtable.org](http://opportunity.businessroundtable.org)

[http://www.purposeofcorporation.org/](http://http://www.purposeofcorporation.org/)

[www.spk.gov.tr](http://www.spk.gov.tr)

## **GENEL İŞ KOŞULLARININ DENETİMİ**

*Control of General Labour Terms*

**Arş. Gör. Tuğçe YABA\***

### **ÖZET**

Kanun koyucu genel olarak hukuki işlemlerde zayıf olan tarafı koruma eğiliminde olup genel işlem koşulları söz konusu olduğunda da 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 20 ila 25. maddelerinde çeşitli denetimler öngörmüştür. İş hukukunda özel olarak genel iş koşullarına özgü denetim hükümleri öngörülmemiştir. İşbu makalede Türk Borçlar Kanunu'nun ilgili hükümlerinin, genel iş koşullarının denetimi için de uygulanması gerektiği olgusu açıklanmaktadır.

Makalede öncelikle çalışma kapsamını anlamlandırmak amacıyla kısaca genel işlem koşullarının unsurlarına yer verilmiş, akabinde genel iş koşulları kavramı unsurları ile birlikte incelenmiş, genel iş koşullarının türleri değerlendirilmiş, son olarak da genel iş koşullarının Türk Borçlar Kanunu kapsamında yürürlük, yorum ve içerik denetimi doktrin ve yargı kararları ışığında incelenmiştir.

**Anahtar Kelimeler:** Genel İş Koşulları, Yürürlük Denetimi, Yorum Denetimi, İçerik Denetimi, Değişiklik Kayıtları.

---

\* **ORCID ID:** 0000-0002-6025-1800, Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Yenidoğan Mah. Ahmet El Biruni Cad. Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi 38280 Talas / KAYSERİ, 05312929232, tugceyaba@erciyes.edu.tr.

## **ABSTRACT**

The legislator is generally tends to protect the weak side in legal transactions and has legislated for control of standardized terms in Turkish Code of Obligations No. 6098's articles 20 to 25. There aren't specific provisions in labour law for control of general labour terms. This article explains the fact that the relevant provisions of the Turkish Code of Obligations should also be applied for the control of general labour terms.

In order to make sense of the scope of the article, first of all the elements of standardized terms were explained briefly. Subsequently, the concept of general labour terms were examined together with its elements. Then types of general labour terms were evaluated. Finally, control of general labour terms within the scope of the Turkish Code of Obligations was analyzed with doctrine and judicial decisions.

**Key Words:** General Labour Terms, Binding Control, Legal Conception, Content Control, Amendment Clauses.

## **GİRİŞ**

Özellikle Sanayi Devrimi sonrasında küreselleşme süreci ve seri üretimin yaygınlaşması ile birlikte iş dünyasında hız ve yeknesaklık ön plana çıkmış, bunun sonucunda da işverenler hem zaman tasarrufu hem de işyerinde eşit işlem ve tipikleşmeyi sağlamak amacıyla işçilere genel işlem koşulları içeren hukuki metinler dayatmaya başlamışlardır<sup>1</sup>. İşverene karşı güçsüz durumda bulunan işçiler, yüksek işsizlik oranları da düşünüldüğünde, bu sözleşmeleri tartışma imkânı bulunmaksızın kabul etmek zorunda kalmaktadırlar. Genel iş koşulları; tip

---

<sup>1</sup> **SÜZEK**, Sarper, İş Hukuku, 19. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul 2020, s. 60; **SOYER**, M. Polat, Genel İş Koşulları, BASİSEN Eğitim ve Kültür Yayınları, Özgün Matbaacılık, İstanbul 1987, s. 19; **CİVAN**, Orhan Ersun, Genel İş Koşulları, Beta Yayıncılık, İstanbul 2015, s. 7-8; **YILMAZ**, Abdüssamet, Haksız Rekabet Hukukunda Genel İşlem Şartı Kullanımı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2015, s. 45.

iş sözleşmeleri, işyeri iç yönetmelikleri, işyeri uygulamaları ve işverenin genel vaatlerinde sıklıkla kullanılmaktadır.

Genel iş koşullarının kullanılmasını tamamen yasaklayan bir düzenleme bulunmamakta ise de kanun koyucunun zayıf olan işçiyi korumak adına sözleşme özgürlüğünün işçi aleyhine aşırı derecede bozulmasına sebep olan koşulları denetlemesi isabetli olur. 4857 sayılı İş Kanunu'nda genel iş koşullarının denetimine ilişkin özel hükümler bulunmamaktadır. Genel kanun – özel kanun ilişkisi ve Türk Medeni Kanunu'nun 5. maddesi gözetildiğinde Türk Borçlar Kanunu'nda genel işlem koşullarına ilişkin öngörülen denetim hükümleri kanaatimizce de genel iş koşullarının denetiminde de uygulanmalıdır<sup>2</sup>.

Makalemizde genel işlem koşulları ve genel iş koşullarının unsurları, genel iş koşullarının türleri ve son olarak genel iş koşullarının Türk Borçlar Kanunu madde 20 ila 25 çerçevesinde yürürlük, yorum ve içerik denetimleri yolu ile denetlenmesi incelenmiştir. İçerik denetimi başlığı altında iş hukukunda sıklıkla kullanılan değişiklik kayıtlarının geçerliliği bahsine de yer verilmiştir.

## GENEL İŞLEM KOŞULLARI

### 1. Genel Olarak

Türk Borçlar Kanunu<sup>3</sup>'nün 20. maddesinin 1. fıkrasında genel işlem koşulları; *“bir sözleşme yapılırken düzenleyenin, ileride çok sayıda ki benzer sözleşmede kullanmak amacıyla, önceden, tek başına hazırlayarak karşı tarafa sunduğu sözleşme hükümleri”* olarak tanımlanmıştır. Genel işlem koşulları hukuki meşruiyetini sözleşme özgürlüğü ilkesinden almaktadır, ancak menfaat dengesi gözetilerek çeşitli dene-

<sup>2</sup> CİVAN, s. 13; YILDIZ, Gaye Burcu, İş Hukukunda Sözleşmesel Kayıtlar, Yetkin Yayınları, Ankara 2014, s. 20-21.

<sup>3</sup> 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu, RG 04.02.2011, Sayı: 27836.

timlere tabi tutulması kanun koyucu tarafından amaçlanmıştır<sup>4</sup>. Uygulamada genel işlem koşulları ile sözleşmenin esaslı unsurları da yan unsurları da düzenlenmektedir<sup>5</sup>.

Genel işlem koşullarının niteliğine ilişkin doktrinde farklı görüşler ileri sürülmüştür. Objektif hukuk kuralları olarak kabul eden objektif hukuk normu teorisi, sözleşmeler üstü sosyal gerçeklik ve fiilî normlar olarak kabul eden alternatif normlar teorisi, yasa benzeri sosyolojik normlar olarak kabul eden sosyolojik değerlendirmelere dayanan norm teorisi, tek taraflı yükümlülük yükleyen hukuki işlemler olarak kabul eden teori, örf ve âdet kuralı olarak kabul eden teori, teamüller olarak kabul eden teori ve sözleşme teorisi bu görüşlerden bazılarıdır<sup>6</sup>. Hukukumuzda hâkim görüş olan sözleşme teorisine göre genel işlem koşullarının geçerlilik kazanabilmesi için sözleşme taraflarının irade beyanları karşılıklı olarak birbirine uygun olmalıdır<sup>7</sup>. Türk Borçlar Kanunu madde 20 ile 25 hükümlerinin emredici niteliği 20. maddenin gerekçesinde vurgulandığı gibi, Yargıtay kararlarında da gözetilmektedir<sup>8</sup>.

İş Kanunu'nda<sup>9</sup> genel iş koşullarının denetimine ilişkin özel bir düzenleme bulunmamaktadır; Türk Borçlar Kanunu ile olan genel - özel kanun ilişkisi ile birlikte Türk Medeni Kanunu'nun 5. maddesi<sup>10</sup> de gözetildiğinde Türk Borçlar Kanunu madde 20 ile 25 hükümleri

<sup>4</sup> Detaylı bilgi için bkz. **ATAMER**, Yeşim M., Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması Sorunu Çerçevesinde Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi, Beta Yayıncılık, İstanbul 2001, s. 26-29.

<sup>5</sup> **CİVAN**, s. 18; **TUZCUOĞLU**, Tuğçe, Avrupa Birliği Normları ve 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümleri Işığında Genel İşlem Şartları, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2020, s. 106-107.

<sup>6</sup> Görüşlere ilişkin detaylı bilgi için bkz. **AYDIN**, Ramazan, "Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Şartlar (TKHK m.5)", Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt XI, Sayı 1, Yıl 2006, Haziran 2006, s. 95-96; **SOYER**, s. 54-69.

<sup>7</sup> **EREN**, Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 24. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2019, s. 21; **SOYER**, s. 70-71; **CİVAN**, s. 21.

<sup>8</sup> Yargıtay 11. HD. 27.06.2018, 2016/13461 Esas, 2018/4893 Karar; Yargıtay 11. HD. 21.05.2018, 2016/11123 Esas, 2018/3743 Karar, www.sinerjimevzuat.com.tr, Erişim Tarihi: 28.03.2020.

<sup>9</sup> 4857 sayılı İş Kanunu, RG 10.06.2003, Sayı: 25134.

<sup>10</sup> "Bu Kanun ve Borçlar Kanununun genel nitelikli hükümleri, uygun düştüğü ölçüde tüm özel hukuk ilişkilerine uygulanır."

genel iş koşulları için de uygulanmalıdır<sup>11</sup>. Yargıtay'ın görüşü de bu doğrultudadır<sup>12</sup>.

## 2. Unsurları

Türk Borçlar Kanunu madde 20'de yapılan tanımdan yola çıkarak genel işlem koşullarının ve buna bağlı olarak genel iş koşullarının unsurları; önceden ve tek yanlı belirlenmesi, genel ve soyut nitelikte olması, çok sayıda benzer sözleşmede kullanılması amacı, hazırlayan tarafından sözleşmenin karşı tarafına sunulması ve genel işlem koşullarının bireysel sözleşme konusu yapılmaması olarak belirlenebilir<sup>13</sup>. Aşağıdaki başlıklar altında bu unsurlar incelenmiştir.

### a. Önceden ve Tek Yanlı Belirlenme

Genel işlem koşulları, kullanılması kendi lehine olan tarafça tek yanlı olarak ve sözleşmenin kurulmasından önce hazırlanmalıdır<sup>14</sup>. Kullanan taraf bu koşulları kendisi hazırlayabileceği gibi bir hukukçudan yahut özellikle meslek kuruluşlarının hazırladığı metinlerden yardım alabilir; bu durum genel işlem koşulu olma niteliğini değiştirmez<sup>15</sup>. Mevzuatta öngörülen hükümlere sözleşmede aynen yer veril-

<sup>11</sup> CİVAN, s. 13; YILDIZ, s. 20-21.

<sup>12</sup> YİBK 24.12.1973, 1973/4 Esas, 1973/6 Karar, www.sinerjimevzuat.com.tr, Erişim Tarihi: 28.03.2020.

<sup>13</sup> ATAMER, Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi, s. 12; YELMEN, Adem, Türk Borçlar Kanunu'na Göre Genel İşlem Şartları, Yetkin Yayınları, Ankara 2014, s. 52; KARADAĞ, Özgür, Türk Borçlar Kanununda Genel İşlem Koşulları ve Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Şartlar, Adalet Yayınevi, Ankara 2014, s. 37; AYDOĞDU, Murat, "6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununda Düzenlenen Genel İşlem Koşullarının Konu Bakımından Uygulama Alanı", Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Cilt: 13, Sayı: 2, 2011, (Basım Yılı: 2013), s. 13; TUZCUOĞLU, s. 83.

<sup>14</sup> EREN, s. 232; ATAMER, Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi, s. 65; YELMEN, s. 53; AYDOĞDU, s. 13.

<sup>15</sup> OĞUZMAN, M. Kemal / ÖZ, Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt 1, 17. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2019, s. 169; SÜZEK, s. 65; ATAMER, Yeşim M., "Yeni Türk Borçlar Kanunu Hükümleri Uyarınca Genel İşlem Koşullarının Denetlenmesi - TKHK m. 6 ve TTK m. 55, f. 1, (f) ile Karşılaştırmalı Olarak", Türk Hukukunda Genel İşlem Şartları Sempozyumu, BATIHA E Yayını, Ankara 2012, s. 15; KARADAĞ, s. 34; AYDOĞDU, s. 15.

mesi durumunda tek yanlı belirlenme koşulu bulunmadığından genel işlem koşulu niteliği taşıması mümkün değildir<sup>16</sup>.

Genel iş koşulları açısından da işçinin düzenlenmesinde herhangi bir müdahalesinin olamadığı sözleşme koşullarının genel iş koşulu teşkil ettiği kabul edilmelidir<sup>17</sup>.

Türk Borçlar Kanunu'nun 20. maddesinin 4. fıkrasında genel işlem koşullarına ilişkin hükümlerin "*sundukları hizmetleri kanun veya yetkili makamlar tarafından verilen izinle yürütmekte olan kişi ve kuruluşların hazırladıkları sözleşmelere de, niteliklerine bakılmaksızın uygulanacağı*" hüküm altına alınmıştır. İş hukuku açısından 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu<sup>18</sup> madde 6/a uyarınca işverenin ortak sağlık ve güvenlik birimi ile kısmen veya tamamen iş sağlığı ve güvenliği hizmeti alımı için yaptığı sözleşmeler bu kapsamda değerlendirilmeli ve genel iş koşulları denetimine tabi tutulmalıdır<sup>19</sup>.

### **b. Genel ve Soyut Nitelikte Olma**

Türk Borçlar Kanunu madde 20 metninde açıkça bu unsura yer verilmemiş olsa da niteliği gereği, ileride çok sayıda kişiye, tartışmaya açık olmaksızın aynı koşulları uygulanması amacı düşünüldüğünde bu unsurun varlığı kabul edilmelidir<sup>20</sup>.

### **c. Çok Sayıda, Benzer Sözleşmede Kullanılma Amacı**

Seri üretim sonucu ortaya çıkan kitlesel sözleşme yapma amacının somut yansıması genel işlem koşullarının çok sayıda, benzer sözleşmede kullanılması amacıdır<sup>21</sup>. Alman hukukunda sözleşme koşulla-

<sup>16</sup> **KILIÇOĞLU**, Ahmet M., Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 24. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2020, s. 167; **TUZCUOĞLU**, s. 93.

<sup>17</sup> **SOYER**, s. 33; **CİVAN**, s. 50.

<sup>18</sup> RG 30.06.2012, Sayı: 28339.

<sup>19</sup> **CİVAN**, s. 26.

<sup>20</sup> **EREN**, s. 232-233; **ATAMER**, "Yeni Türk Borçlar Kanunu Hükümleri Uyarınca Genel İşlem Koşullarının Denetlenmesi - TKHK m. 6 ve TTK m. 55, f. 1, (f) ile Karşılaştırmalı Olarak", s. 14; **YELMEN**, s. 56; **KARADAĞ**, s. 40; **AYDOĞDU**, s. 17; **AK-PINAR**, Fatih, "İşverene Çalışma Koşullarını Değiştirme Yetkisi Veren Kayıtların Genel İşlem Koşulları", Çalışma ve Toplum Dergisi, Sayı 68, 2021/1, s. 321.

<sup>21</sup> **ATAMER**, Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi, s. 66.

rının en az üç kez kullanılmak amacı ile hazırlanması aranmakta<sup>22</sup> ise de Türk hukukunda çok sayıda kullanılma bakımından bir sayı sınırı getirilmemiştir. Bu nedenle çok sayıda kullanma amacı bulunmak şartı ile ilk kullanımda dahi, devamında fiilen kullanım olmasa da, genel işlem koşulu oluşması açısından bu şartın gerçekleştiği kabul edilmelidir<sup>23</sup>. Tarafların sözleşmeye ön hazırlık amacı ile çeşitli hükümler kaleme almaları bu hükümlere genel işlem koşulu niteliği kazandırmaz, bu hükümler ancak çok sayıda ve benzer sözleşmede kullanılma amacı ile birleştiğinde genel işlem koşulu oluşturabilir<sup>24</sup>.

Çok sayıda kullanılma amacının aranmasının isabetli olmadığı, diğer unsurları taşıması şartı ile sözleşme taraflarından birinin hazırladığı koşulların da genel işlem koşulu olarak nitelendirilebileceği doktrinde ileri sürülmüştür<sup>25</sup>. Ancak Türk Borçlar Kanunu'nun 20. maddesinde açıkça çok sayıda benzer sözleşmede kullanılma amacını aranması nedeniyle bu görüşün uygulanamayacağı kanaatindeyiz.

Genel iş koşulları açısından işverenler uygulamada matbu iş sözleşmesi örneklerinden yararlanmaktadır. Bu durumda işverenin amacından ziyade ilk hazırlayanın amacına bakılmalıdır; matbu sözleşmelerde genel ve soyut normlara ağırlık verilmesi ile çok sayıda kullanılma amacı gözetildiğinde matbu sözleşmelerin genel iş koşulları içerdikleri kabul edilmelidir<sup>26</sup>.

#### **d. Hazırlayan Tarafından Sözleşmenin Karşı Tarafına Sunulma**

Hazırlayan tarafından, genel işlem koşulları içeren sözleşmenin karşı tarafına müzakere etme imkânı tanınmaksızın sunulması aran-

<sup>22</sup> **ATAMER**, Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi, s. 66; **CİVAN**, s. 28.

<sup>23</sup> **EREN**, s. 232; **ATAMER**, "Yeni Türk Borçlar Kanunu Hükümleri Uyarınca Genel İşlem Koşullarının Denetlenmesi - TKHK m. 6 ve TTK m. 55, f. 1, (f) ile Karşılaştırmalı Olarak", s. 16; **YELMEN**, s. 55; **CİVAN**, s. 28; **AYDOĞDU**, s. 18; **TUZCUOĞLU**, s. 96-97.

<sup>24</sup> **ATAMER**, "Yeni Türk Borçlar Kanunu Hükümleri Uyarınca Genel İşlem Koşullarının Denetlenmesi - TKHK m. 6 ve TTK m. 55, f. 1, (f) ile Karşılaştırmalı Olarak", s. 16.

<sup>25</sup> **KILIÇOĞLU**, s. 168.

<sup>26</sup> **CİVAN**, s. 53.



malıdır<sup>27</sup>. Genel işlem koşulları sözleşmenin kurulmasından önce karşı tarafa sunulmalıdır, sözleşme kurulduktan sonra sunulan genel işlem koşulları ancak yeni bir icap olarak nitelendirilebilir ve sözleşmenin bu şartlar olmadan kurulduğu kabul edilir<sup>28</sup>.

İşverenin de işçiye genel iş koşullarını sözleşme kurulmadan önce sunması gerekir, sözleşme kurulduktan sonra sunulması hâlinde işçi tarafından kabul edilmediği sürece yürürlük denetiminden geçemez<sup>29</sup>. İş sözleşmesi için İş Kanunu'nda kural olarak<sup>30</sup> bir şekil şartı öngörülmemişse de 8. maddenin 3. fıkrası uyarınca iş sözleşmesi yazılı olarak yapılmadı ise *"işveren işçiye en geç iki ay içinde genel ve özel çalışma koşullarını, günlük ya da haftalık çalışma süresini, temel ücreti ve varsa ücret eklerini, ücret ödeme dönemini, süresi belirli ise sözleşmenin süresini, fesih hâlinde tarafların uymak zorunda oldukları hükümleri gösteren yazılı bir belge vermekle yükümlüdür"*. Yukarıda açıklandığı üzere bu yazılı belgede genel iş koşulları içeren hükümler bulunmakta ise bunların geçerliliği ancak işçinin kabulüne bağlıdır<sup>31</sup>.

#### e. Bireysel Sözleşme Konusu Yapılmama

Söz konusu unsura müzakere etme imkânı verilmeksizin tek yanlı hazırlanma unsurundan da ulaşmak mümkündür<sup>32</sup>. Müzakere edilmiş birkaç madde var ise bu maddeler yönünden bireysel sözleşme söz konusu olur iken, kalan maddeler yönünden diğer unsurları da taşımak kaydıyla genel işlem koşulu taşıma özelliği devam eder<sup>33</sup>.

<sup>27</sup> EREN, s. 232; KILIÇOĞLU, s. 168.

<sup>28</sup> YELMEN, s. 59; CİVAN, s. 30-31.

<sup>29</sup> SÜZEK, s. 65; CİVAN, s. 54.

<sup>30</sup> İş Kanunu'nun 8. maddesi uyarınca bir yıl ve daha uzun süreli iş sözleşmelerinin, 11. maddesi uyarınca belirli süreli iş sözleşmelerinin, 14. maddesi uyarınca çağrı üzerine çalışmaya dayalı iş sözleşmelerinin ve uzaktan çalışmaya ilişkin iş sözleşmelerinin, 15. maddesi uyarınca deneme süreli iş sözleşmelerinin, 16. maddesi uyarınca takım sözleşmelerinin, 71. maddesi uyarınca çocuk işçilerin çalıştırılmasına ilişkin iş sözleşmelerinin yazılı şekilde kurulması zorunludur.

<sup>31</sup> CİVAN, s. 54.

<sup>32</sup> KARADAĞ, s. 37; CİVAN, s. 32.

<sup>33</sup> AYDOĞDU, s. 19.

Hukukumuzda Alman hukukunda olduğu gibi bireysel anlaşma hükümlerinin genel işlem şartlarına göre önceliğe sahip olması yönünde açık bir hüküm bulunmasa da sözleşme özgürlüğü ilkesi gereği, Türk hukukunda da önceliğin bireysel sözleşme olacağı söylenebilir<sup>34</sup>.

Türk Borçlar Kanunu'nun 20. maddesinin 3. fıkrası gereğince sadece genel işlem koşullarının her birinin tartışılarak kabul edildiğine ilişkin kayıtlar bu şartların genel işlem koşulu olmaktan çıkarıldığı, bireysel sözleşme yapıldığına işaret etmeye yetmez.

Genel iş koşulları bakımından vasıflı işçiler için müzakere imkânı tanınması hâlinde bireysel sözleşmeden söz edilebilir ise de vasıfsız işçiler yönünden, genel iş koşullarını anlayıp sağlıklı bir şekilde müdahale etme hususundan söz edilemeyeceğinden bireysel sözleşme yapıldığı sonucuna ulaşmak oldukça zordur<sup>35</sup>. Kanaatimizce vasıflı işçilerin söz konusu olması hâlinde dahi işveren karşısında işçinin zayıf konumda bulunması gözetilerek meseleye ihtiyatlı yaklaşmak daha isabetli olur. İş hukuku açısından da bireysel sözleşme yapıldığı takdirde sözleşme özgürlüğü ilkesi öncelik arz etmeli, artık "işçi lehine şart" ilkesi gözetilmemelidir, çünkü işçi bazen sözleşmede bazı şartlardan fedakârlık ederek başkaca kazanımlar elde etmiş olabilir<sup>36</sup>.

### 3. Genel İşlem Koşulu Nitelendirmesinde Dikkate Alınması Gereken Hususlar

Türk Borçlar Kanunu'nun 20. maddesinin 1. fıkrasının son cümlesi uyarınca genel işlem koşullarının "*sözleşme metninde veya ekinde yer alması, kapsamı, yazı türü ve şekli*" nitelendirme hususunda önem arz etmez. Kanun koyucu bu hüküm ile sözleşmeler arasında göster-

<sup>34</sup> **SOYER**, s. 85-86; **ATAMER**, "Yeni Türk Borçlar Kanunu Hükümleri Uyarınca Genel İşlem Koşullarının Denetlenmesi - TKHK m. 6 ve TTK m. 55, f. 1, (f) ile Karşılaştırılmalı Olarak", s. 38; **AYDIN**, s. 100-101; **ATAMULU**, İsmail, "Genel İşlem Şartlarında Şahsî (Bireysel) Anlaşmanın Mevcudiyetini İspat Yükü", ERÜHFD, C. XIII, S. 1, (2018), s. 129; **KAŞAK**, Fahri Erdem, "Genel İşlem Koşullarının Yorumlanması (TBK m. 23)", Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. XXIII, Y. 2019, Sa. 3, s. 200-201.

<sup>35</sup> **CİVAN**, s. 54-55.

<sup>36</sup> **CİVAN**, s. 56.

melik farklılıklar yaratılarak kanunun etrafının dolanılmasının önüne geçmeyi amaçlamıştır<sup>37</sup>.

Yine Türk Borçlar Kanunu'nun 20. maddesinin 2. fıkrasında "aynı amaçla düzenlenen sözleşmelerin metinlerinin özdeş olmaması"nın genel işlem koşulu nitelendirmesi bakımından önem arz etmeyeceği düzenlenmiştir. Bu nedenle hükümlerin benzer nitelik taşıması yeterli olup ufak, önemsiz, yapay farklılıklar ile aynı içeriğin düzenlenmesi genel işlem koşulu olarak kabul edilmesine engel teşkil etmez<sup>38</sup>.

#### 4. Genel İşlem Koşullarına İlişkin İspat Yükü

Hukukun genel prensibi gereği, Türk Medeni Kanunu<sup>39</sup> madde 6 ve Hukuk Muhakemeleri Kanunu<sup>40</sup> madde 190 hükümleri göz önüne alındığında genel işlem koşulu kullanıldığı iddiasında bulunan taraf iddiasını ispat etmekle yükümlüdür. Ancak özellikle genel iş koşulları söz konusu olduğunda, işçinin ispat etme gücü de gözetilerek ispat yükü hafifletilmeli, yumuşatılmalıdır<sup>41</sup>.

Yine hukukun genel prensibi, Türk Medeni Kanunu madde 6, Hukuk Muhakemeleri Kanunu madde 190 hükümleri ve Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun<sup>42</sup>'un 5. maddesinin 3. fıkrasında<sup>43</sup> kanun koyucunun amacı kıyasen gözetilerek bireysel sözleşmenin varlığını

<sup>37</sup> **ATAMER**, "Yeni Türk Borçlar Kanunu Hükümleri Uyarınca Genel İşlem Koşullarının Denetlenmesi – TKHK m. 6 ve TTK m. 55, f. 1, (f) ile Karşılaştırmalı Olarak", s. 19; **TUZCUOĞLU**, s. 84.

<sup>38</sup> **OĞUZMAN / ÖZ**, s. 169-170; **YELMEN**, s. 61; **CİVAN**, s. 39; **AYDOĞDU**, s. 32.

<sup>39</sup> 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu, RG 08.12.2001, Sayı: 24607.

<sup>40</sup> 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu, RG 04.02.2011, Sayı: 27836.

<sup>41</sup> **CİVAN**, s. 40.

<sup>42</sup> 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun, RG 28.11.2013, Sayı: 28835.

<sup>43</sup> "Bir sözleşme şartı önceden hazırlanmış ve standart sözleşmede yer alması nedeniyle tüketici içeriğine etki edememişse, o sözleşme şartının tüketiciyle müzakere edilmediği kabul edilir. Sözleşmeyi düzenleyen, bir standart şartın münferiden müzakere edildiğini iddia ediyorsa bunu ispatla yükümlüdür. Sözleşmenin bütün olarak değerlendirilmesinden standart sözleşme olduğu sonucuna varılırsa, bu sözleşmedeki bir şartın belirli unsurlarının veya münferit bir hükmünün müzakere edilmiş olması, sözleşmenin kalan kısmına bu maddenin uygulanmasını engellemez."

iddia eden iddiasını ispat etmelidir<sup>44</sup>. Taraflar arasında yapılan e-mail, faks vb. yazışma kayıtları ispat aracı olarak kullanılabilir<sup>45</sup>.

## GENEL İŞ KOŞULLARI

Genel iş koşulları, genel işlem koşullarının iş hukukuna yansımaları olarak tanımlanabilir<sup>46</sup>. Tip iş sözleşmeleri, işyeri iç yönetmelikleri, işverenin genel vaatleri ve işyeri uygulamaları, ikale sözleşmeleri, rekabet yasağı anlaşmaları, ibraname gibi iş hukukuna özgü birçok hukuki işlemde genel iş koşulu içeren hükümler kullanılmaktadır. Bu işlemler iş ilişkisi kurulurken yahut devam ederken veya sona ererken, işverence tek taraflı olarak, önceden, genel ve soyut bir şekilde hazırlandığı ve işçiye müzakere etme imkânı tanınmaksızın sunulduğu için genel iş koşulları olarak nitelenmektedir<sup>47</sup>.

### 1. Türleri

#### a. Tip İş Sözleşmeleri

Günümüzde işverenler hem zamandan tasarruf etmek hem de işyerinde yeknesaklık açısından matbu sözleşmeleri yahut sendikalarca hazırlanmış sözleşmeleri kullanmaktadır<sup>48</sup>.

İşverenler tip/standart/seri/kitlesele sözleşmeler ile işçilere hükümleri müzakere etme fırsatı tanınamakta, işsizlik oranının yüksekliği karşısında işçi de direnememekte, bu nedenle sözleşme imzalanırsa

---

<sup>44</sup> **ATAMER**, "Yeni Türk Borçlar Kanunu Hükümleri Uyarınca Genel İşlem Koşullarının Denetlenmesi – TKHK m. 6 ve TTK m. 55, f. 1, (f) ile Karşılaştırmalı Olarak", s. 24; **ATAMULU**, s. 118-119.

<sup>45</sup> **AYDOĞDU**, s. 32.

<sup>46</sup> **SÜZEK**, s. 61; **MOLLAMAHMUTOĞLU**, Hamdi / **ASTARLI**, Muhittin / **BAYSAL**, Ulaş, İş Hukuku Ders Kitabı, Cilt 1: Bireysel İş Hukuku, 4. Bası, Lykeion Yayınları, Ankara 2020, s. 16; **ERTÜRK**, Şükran, "Genel İş Koşulları ve Genel İş Koşullarının Denetlenmesi", Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 15, Özel S., 2013, Basım Yılı: 2014, s. 89; **ERDEMİR**, Aymelek, İşverenin Yönetim Hakkı ve Sınırları, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2015, s. 131.

<sup>47</sup> Detaylı bilgi için bkz. **CİVAN**, s. 47-49.

<sup>48</sup> **SOYER**, s. 28-29; **CİVAN**, s. 59.

dahi çoğu kez işçinin gerçek iradesini yansıtmamaktadır<sup>49</sup>. Yukarıda açıklanan genel işlem koşullarını bünyesinde barındıran tip iş sözleşmeleri de işçinin korunması ilkesi de gözetilerek, Türk Borçlar Kanunu 20 ila 25 hükümleri çerçevesinde denetime tabi tutulmalıdır<sup>50</sup>.

## b. İşyeri İç Yönetmelikleri

İşyeri iç yönetmelikleri, işveren tarafından tek taraflı hazırlanıp, işyerinde genel kurallar koyan, bu sayede işyerinde yeknesak çalışma düzeni sağlayan yazılı düzenlemelerdir<sup>51</sup>. Uygulamada “dahili talimatname”, “personel yönetmeliği” gibi isimlerle de kullanılan iç yönetmelikler 3008 sayılı İş Kanunu döneminde zorunlu tutulmuş iken yürürlükte bulunan 4857 sayılı İş Kanunu’nda zorunlu tutulmamıştır<sup>52</sup>. Ancak İş Kanunu madde 22’de iş sözleşmesinin eki niteliğinde kabul edilen personel yönetmeliği ibaresi ile Türk Borçlar Kanunu madde 399’da işverenin, işin görülmesi ve işçilerin işyerindeki davranışlarıyla ilgili genel düzenlemeler yapabileceği hususundaki hüküm gözetildiğinde isteğe bağlı olarak iç yönetmelik düzenlenebileceği çıkarımı yapılabilir<sup>53</sup>. İşyeri etik kuralları da iç yönetmelikler gibi işveren tarafından tek yanlı olarak düzenlenebilir, bu kuralların geçerlilik kazanması ve iş sözleşmesinin eki niteliğini kazanması iç yönetmelik ile

<sup>49</sup> SÜZEK, s. 60; CİVAN, s. 60-61; YILDIZ, s. 24.

<sup>50</sup> SÜZEK, s. 61.

<sup>51</sup> SÜZEK, Sarper, “İş Hukukunda İç Yönetmelikler”, AÜHFD, 1995, C.44, S. 1-4, Ankara 1996, s. 183; ÇELİK, Nuri / CANIKLIOĞLU, Nurşen / CANBOLAT, Talat, İş Hukuku Dersleri, 33. Bası, Beta Yayıncılık, İstanbul 2020, s. 269; UŞAN, M. Fatih / ERDOĞAN, Canan, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2020, s. 48; SÜMER, Haluk Hadi, İş Hukuku, 25. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2020, s. 12; EYRENCİ, Öner / TAŞKENT, Savaş / ULUCAN, Devrim, Bireysel İş Hukuku, 9. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul 2019, s. 18.

<sup>52</sup> SÜZEK, “İç Yönetmelikler”, s. 184; SÜZEK, s. 63; MOLLAMAHMUTOĞLU / AS-TARLI / BAYSAL, s. 15; NARMANLIOĞLU, Ünal, İş Hukuku Ferdi İş İlişkileri I, Beta Yayıncılık, İstanbul 2014, s. 35; SÜMER, s. 14; UŞAN / ERDOĞAN, s. 48; ŞAKAR, Müjdat, İş Hukuku Uygulaması, 12. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul 2018, s. 21.

<sup>53</sup> NARMANLIOĞLU, s. 35-36; TUNÇOMAĞ, Kenan / CENTEL, Tankut, İş Hukukunun Esasları, 9. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul 2018, s. 26; CİVAN, s. 63-64; YILDIZ, s. 24-25.

aynı usullere tabidir<sup>54</sup>. İş Kanunu'nun 22. maddesinin 1. fıkrası gereğince iç yönetmelikler sözleşmesel karakter taşımakta olup iş sözleşmesinin eki niteliğindedir<sup>55</sup>.

Yargıtay işyeri iç yönetmeliğinde yer verilen fazla çalışmanın asıl ücrete dahil olduğuna ilişkin hükmün işçiye sadece tebliğ edilmiş olmasını yeterli bulmamış, işçinin yazılı olarak kabulünün de bulunmasını aramıştır<sup>56</sup>. Böyle bir durumun varlığı hâlinde de genel iş koşulları denetimi yapılması gerekmektedir<sup>57</sup>.

İşverenler tarafından bazen toplu iş sözleşmelerinin eki olarak da iç yönetmelik düzenlendiği görülmektedir. Doktrinde bu durumda toplu iş sözleşmelerinin ve sendikaların işlevsizleşeceği nedeniyle eleştiri bulunmakta<sup>58</sup> ise de kamu düzenine ve ahlâka aykırı olmamak şartı ile düzenlenmesinde bir sakınca bulunmadığı yönünde görüş de ileri sürülmüştür<sup>59</sup>.

İç yönetmelikler de genel işlem koşullarının unsurlarını taşımak şartı ile Türk Borçlar Kanunu 20 ila 25 hükümleri çerçevesinde denetime tabi tutulmalıdır<sup>60</sup>. Bireysel sözleşmede iç yönetmeliğe aykırı bir düzenleme bulunması hâlinde bireysel sözleşmeye öncelik tanınmalıdır<sup>61</sup>.

---

<sup>54</sup> İşyeri etik kurallarına ilişkin detaylı bilgi için bkz. **İREN**, Ertan, "İşyeri Etik Kuralları", Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 17, Sayı 2, Yıl 2009, s. 73-81.

<sup>55</sup> **SÜZEK**, "İç Yönetmelikler", s. 187-188; **TUNÇOMAĞ / CENTEL**, s. 26; **ERTÜRK**, s. 94.

<sup>56</sup> Yargıtay 22. HD. 24.12.2019, 2016/26214 Esas, 2019/24372 Karar, (**SÜMER**, Haluk Hadi / **KAYIRGAN**, Hasan, İşçilik Alacakları ve Hesaplamaları, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2. Baskı, Ankara 2021, s. 534-535).

<sup>57</sup> **SÜMER / KAYIRGAN**, s. 534.

<sup>58</sup> **MOLLAMAHMUTOĞLU / ASTARLI / BAYSAL**, s. 15.

<sup>59</sup> **SÜZEK**, s. 64; **CİVAN**, s. 64.

<sup>60</sup> **SÜMER**, s. 12-13; **TUNÇOMAĞ / CENTEL**, s. 26-27; **EYRENCİ / TAŞKENT / ULUCAN**, s. 18-19; **CİVAN**, s. 65.

<sup>61</sup> **CİVAN**, s. 66.

### c. İşyeri Uygulamaları ve İşverenin Genel Vaatleri

İşverenin tek taraflı irade beyanı ile işçilere bazı edimler sağlayacağı bildirilmesi işverenin genel vaatleri olarak adlandırılmaktadır, işyeri uygulaması ile arasındaki fark ise işyeri uygulaması için devamlılık unsuru gerekiyor iken burada açık bir irade beyanının bulunmasıdır<sup>62</sup>.

İşyeri uygulamaları ise işverenin kanundan veya sözleşmeden doğan bir zorunluluk olmaksızın, işçilere yönelik genel ve devamlılık içeren menfaatler sağlaması ve işçilerde dürüstlük kuralına uygun olarak bu menfaatlerin devam edeceği yönünde kanaat oluşması olarak tanımlanabilir<sup>63</sup>. İşyeri uygulamasının oluşması için aranan devamlılık unsuruna ilişkin net bir süre kanun ile belirlenmemiştir, somut olayın özellikleri gözetilerek karar verilmelidir<sup>64</sup>. Yargıtay bir kararında<sup>65</sup> üç yıldan fazla ödenen ikramiyeyi işyeri uygulaması olarak kabul etmiştir. İşveren ödemeyi verimlilik, kıdem gibi çeşitli şartlara bağlasa da işyeri uygulaması oluşur, ancak işçinin talep edebilmesi için bu şartları sağlaması gerekir<sup>66</sup>.

Hukukumuzda ancak işçi lehine işyeri uygulaması oluşabilir, işçi aleyhine işyeri uygulaması oluşması mümkün değildir; böyle bir durum işçi aleyhine esaslı değişiklik teşkil edeceği için işverenin İş Kanunu madde 22’de düzenlenen işçiye yazılı olarak bildirme, işçi tarafından altı işgünü içerisinde yazılı olarak onaylanması usullerine uyulması gerekmektedir<sup>67</sup>.

<sup>62</sup> SOYER, s. 47.

<sup>63</sup> SÜZEK, s. 76; ÇELİK / CANIKLIOĞLU / CANBOLAT, s. 272-273; SÜMER, s. 13; EKMEKÇİ, Ömer / YİĞİT, Esra, Bireysel İş Hukuku Dersleri, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2020, s. 72; UŞAN / ERDOĞAN, s. 49-50; SOYER, s. 42; ERTÜRK, s. 94; EYRENCİ / TAŞKENT / ULUCAN, s. 20-22.

<sup>64</sup> SÜZEK, s. 77; ÇELİK / CANIKLIOĞLU / CANBOLAT, s. 273; NARMANLIOĞLU, s. 40; MOLLAMAHMUTOĞLU / ASTARLI / BAYSAL, s. 18; EKMEKÇİ / YİĞİT, s. 75; UŞAN / ERDOĞAN, s. 50; SOYER, s. 43; ERTÜRK, s. 96; SÜMER, s. 14; AKPINAR, s. 322.

<sup>65</sup> Yargıtay HGK 05.02.2003, 2003/9-11 Esas, 2003/54 Karar, www.sinerjimevzuat.com.tr, Erişim Tarihi: 30.03.2020.

<sup>66</sup> ERTÜRK, s. 96.

<sup>67</sup> ERTÜRK, s. 97.

İşyeri uygulamaları ve işverenin genel vaatleri de sözleşmesel nitelik taşımaktadır. Genel işlem koşulu teşkil etmeleri hâlinde Türk Borçlar Kanunu madde 20 ile 25 denetimlerine tabi tutulmaları kaçınılmazdır<sup>68</sup>.

## GENEL İŞ KOŞULLARININ DENETİMİ

İş Kanunu'nda yer alan çok sayıda emredici hükme rağmen yine de işverenlerin yapacağı hukuki işlemlere karşı, zayıf durumda bulunan işçinin korunması gerekmektedir<sup>69</sup>. İş hukukunda da genel ilke sözleşme serbestisi olmakla birlikte zayıf konumdaki işçinin korunması amacı ile birlikte dürüstlük kuralına da uygun bir denge sağlanması için çeşitli denetimlerin öngörülmesi gerekmektedir<sup>70</sup>.

Hukumumuzda Türk Borçlar Kanunu 20 ile 25. maddelerinde yürürlük denetimi, yorum denetimi ve içerik denetimi olmak üzere üç aşamalı bir denetim benimsenmiştir<sup>71</sup>. 21 ve 22. maddede yürürlük denetimi, 23. maddede yorum denetimi, 24 ve 25. maddede ise içerik denetimine ilişkin esaslar düzenlenmiştir.

6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu<sup>72</sup>'nin 26. maddesinin 2. fıkrası<sup>73</sup> ile 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 113. maddesinde düzenlenen "topluluk davası"<sup>74</sup> birlikte de-

<sup>68</sup> CİVAN, s. 73-74.

<sup>69</sup> CİVAN, s. 142-143.

<sup>70</sup> CİVAN, s. 148.

<sup>71</sup> EREN, s. 234; KARADAĞ, s. 43.

<sup>72</sup> RG 07.11.2012, Sayı: 28460.

<sup>73</sup> "Kuruluşlar, çalışma hayatından, mevzuattan, örf ve adetten doğan uyumsuzluklarda işçi ve işverenleri temsilen; sendikalar, yazılı başvuruları üzerine iş sözleşmesinden ve çalışma ilişkisinden doğan hakları ile sosyal güvenlik haklarında üyelerini ve mirasçılarını temsilen dava açmak ve bu nedenle açılmış davada davayı takip yetkisine sahiptir."

<sup>74</sup> "Dernekler ve diğer tüzel kişiler, statüleri çerçevesinde, üyelerinin veya mensuplarının yahut temsil ettikleri kesimin menfaatlerini korumak için, kendi adlarına, ilgililerin haklarının tespiti veya hukuka aykırı durumun giderilmesi yahut ilgililerin gelecekteki haklarının ihlal edilmesinin önüne geçilmesi için dava açabilir."



ğerlendirildiğinde sendikalar ve konfederasyonlar da genel iş koşullarının denetimi amacı ile dava açabilirler<sup>75</sup>.

## 1. Yürürlük Denetimi

### a. Genel Olarak

Yürürlük denetimi ile genel iş koşullarının sözleşmenin içeriği hâline gelip gelmediği denetlenmektedir<sup>76</sup>. Alman hukukunda iş hukukuna özgü ayrı düzenleme olmasına karşın Türk hukukunda böyle düzenlemelerin bulunmaması nedeniyle Türk Borçlar Kanunu madde 21 ve 22’de düzenlenen yürürlük denetimi hükümleri, genel iş şartlarının yürürlük denetiminde de uygulanır<sup>77</sup>. Sözleşmenin karşı tarafı olan işçinin genel iş koşulları kullanıldığına dair bilgisi yoksa, yani taraf iradeleri uyuşmamışsa, başka bir denetime gerek kalmaksızın yürürlük denetimine takılan genel iş koşulları olmaksızın iş sözleşmesinin kurulduğu kabul edilir<sup>78</sup>. Genel iş koşullarının yürürlük denetimini geçebilmesi için Türk Borçlar Kanunu madde 21 gereğince genel işlem koşulu kullanan işverenin karşı taraf olan işçiye açıkça bilgi vermesi, işçiye genel iş koşullarının içeriğini öğrenme imkânı tanıması ve bu koşulların işçi tarafından kabul edilmesi gerekir.

İşveren tarafından açıkça bilgi verilmesi şartı açısından işçiye genel iş koşulları kullanıldığının işaret edilmesi yeterli sayılmalıdır<sup>79</sup>. İçeriğini öğrenme imkânı verilmesi şartından ise işçiye basılı metin, internet adresi, e-posta veya asılı koşullar üzerinden inceleme yapabilme imkânı sağlanması anlaşılmalıdır<sup>80</sup>. Genel iş koşulları dürüstlük kuralına uygun, makul, orta zekalı bir işçinin anlayabileceği şekilde

<sup>75</sup> **SİRMEN**, A. Lale, “Tüketici Sözleşmelerindeki Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi”, Türk Hukukunda Genel İşlem Şartları Sempozyumu Bildiriler Tartışmalar 8 Nisan 2011, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, Ankara 2012, s. 132.

<sup>76</sup> **SİRMEN**, s. 113; **KARADAĞ**, s. 47; **ATAMULU**, s. 109; **YILMAZ**, s. 50.

<sup>77</sup> **CİVAN**, s. 166-167.

<sup>78</sup> **AYDOĞDU**, s. 21.

<sup>79</sup> **YELMEN**, s. 83; **KAŞAK**, Esra, “Sözleşmenin Niteliğine ve İşin Özelliğine Yabancı Olan Genel İşlem Koşulları (6098 sayılı TBK m. 21/2)”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Cilt:3 Sayı:1 Yıl 2012, s. 419.

<sup>80</sup> **YELMEN**, s. 86; **CİVAN**, s. 170-171.

kaleme alınmalı, çok küçük puntolar ve çok sık aralıklar kullanılmalı, fazlaca yabancı ve teknik terim içermemelidir<sup>81</sup>. Şeffaflık ilkesi gözetilerek işçi tarafından genel iş koşullarının anlaşılabilirliği sağlanmalıdır<sup>82</sup>. Dış görünüş, dil ve içerik yönünden saydamlık kuralı gözetilmelidir<sup>83</sup>. Ancak doktrinde yorum denetiminden sonra, içerik denetiminden önce gelmek üzere saydamlık denetimi şeklinde ayrı bir denetim öngörülmesi gerektiği görüşü de savunulmaktadır<sup>84</sup>.

Genel iş koşullarının kullanıldığı bilgisi işçiye en geç sözleşme kurulması aşamasında verilmelidir<sup>85</sup>. Bu nedenle sözleşme kurulduktan sonra yürürlüğe giren iç yönetmelik işçi açısından bağlayıcı değildir, İş Kanunu madde 22 hükmü doğrultusunda işçinin kabulü sağlanmalıdır<sup>86</sup>.

İş sözleşmesi için kanunen yahut taraflarca kararlaştırılan bir şekil şartı öngörülmüş ise genel iş koşullarının sözleşmeye dahil olması için şekle uyulması gerekir<sup>87</sup>.

Türk Borçlar Kanunu'nun 21. maddesinde işçinin aleyhine olan düzenlemelerin yürürlük denetimine tabi tutulacağı anlaşılmaktadır, bu nedenle işçinin aleyhine düzenleme içerme imkânı bulunmayan işverenin genel vaatleri ve işyeri uygulamaları yürürlük denetimi kapsamında değildir<sup>88</sup>. Genel iş koşullarının yürürlük denetimi şartla-

---

<sup>81</sup> CİVAN, s. 171.

<sup>82</sup> ATAMER, Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi, s. 97-98.

<sup>83</sup> Detaylı bilgi için bkz. DOĞANCI, Doğa Ekrem, Genel İşlem Koşullarında Saydamlık Denetimi, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2018, s. 85-88; ANTALYA, O. Gökhan / DOĞANCI, E. Doğa, "Genel İşlem Koşullarında Saydamlık Kuralının, Bunun TBK m. 20 vd.'daki Görünümlerinin ve TTK m. 55 f. 1 f ile TBK m. 20 vd.'nın Birlikte Uygulanabilirliğinin Değerlendirilmesi", Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Cilt 24, Sayı 2, Aralık 2018, s. 826-835.

<sup>84</sup> DOĞANCI, s. 575-582.

<sup>85</sup> ATAMER, Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi, s. 90.

<sup>86</sup> Yargıtay 9. HD. 06.11.2006, 2006/20021 Esas, 2006/29320 Karar, www.sinerjimevzuat.com.tr, Erişim Tarihi: 29.03.2020.

<sup>87</sup> CİVAN, s. 179.

<sup>88</sup> CİVAN, s. 180.

rını sağlayıp sözleşmeye dahil olduğunu ispat yükü işverene aittir, işveren her türlü delil ile ispat edebilir<sup>89</sup>.

Türk Borçlar Kanunu'nun 21. maddesinin 2. fıkrasında "Sözleşmenin niteliğine ve işin özelliğine yabancı olan genel işlem koşulları da yazılmamış sayılacağı" düzenlenmiştir. Bu nedenle iş sözleşmesine yabancı, makul bir işçi tarafından beklenemeyecek, sürpriz/şaşırtıcı kayıtlar da sözleşme içeriğine dahil edilemez<sup>90</sup>.

### **b. Yürürlük Denetiminin Sonuçları**

Türk Borçlar Kanunu madde 21'de yürürlük denetiminden geçememenin sonucunun "yazılmamış sayılma" olduğu belirtilmiş, yazılmamış sayılmanın sözleşmeye etkisi ise Türk Borçlar Kanunu madde 22'de düzenlenmiştir. Kanaatimizce denetimin sonucuna ilişkin bu yaptırımın böylesine muğlak bir ifade ile düzenlenmesi hukuki belirlilik ilkesi gereğince isabetli olmamıştır. Doktrinde bir görüş<sup>91</sup> yazılmamış sayılma kavramını sözleşmenin içeriğinden sayılmaması olarak tanımlasa da bu tanım uygulamada bir çözüm sağlayamamıştır, yaptırıma ilişkin muğlaklık devam etmektedir. Yazılmamış sayılmanın hukuki niteliği açısından doktrinde yokluk, kısmî yokluk, kendine özgü (sui generis) bir yaptırım olması, geçersizlik, kısmî geçersizlik görüşleri ileri sürülmüştür<sup>92</sup>. Kanaatimizce Türk Borçlar Kanunu madde 25'in gerekçesinde içerik denetiminin yaptırımının kısmî geçersizlik olduğu belirtilmiş olup kıyasen uygulama ile yazılmamış sayılmanın hukuki niteliğinin de kısmî geçersizlik olduğu kabul edilmelidir. Yine Türk Borçlar Kanunu madde 22'de yazılmamış sayılanlar dışındaki hükümlerin geçerli olduğu, yazılmamış sayılan koşullar olmasaydı kalan diğer hükümlerle sözleşmenin yapılmayacağını ileri sürülemeyeceği düzenlemesi de görüşümüzü destekler niteliktedir. Türk Borçlar Kanunu'nun 22. maddesinin gerekçesinde ise sözleşmeyi

<sup>89</sup> CİVAN, s. 180.

<sup>90</sup> CİVAN, s. 183- 188.

<sup>91</sup> ŞEKER, Muzaffer, Yazılmamış Sayılma, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2015, s. 33-34.

<sup>92</sup> Görüşlere ilişkin detaylı bilgi için bkz. YELMEN, s. 94-106; CİVAN, s. 189-192; DOĞANCI, s. 209-215; ŞEKER, s. 137-172; TUZCUOĞLU, s. 217-241.

düzenleyenin Türk Borçlar Kanunu'nun 27. maddesinin 2. fıkrasının 2. cümlesi hükmünden kıyas yoluyla yararlanmasının önlenmesinin amaçlandığı açıkça ifade edilmiştir.

Sözleşmenin esaslı unsurlarına ilişkin genel iş koşullarının yazılmamış sayılması hâlinde artık sözleşme kurulamamış olup tamamlanması da söz konusu olamayacaktır. Ancak sözleşmenin yan unsurlarını düzenleyen genel iş koşullarının yazılmamış sayılması hâlinde sözleşme boşluğu oluşacak olup hâkim tarafından tamamlanmalıdır<sup>93</sup>. Fakat ücret her ne kadar iş sözleşmesinin esaslı unsurunu teşkil etmekte ise de Türk Borçlar Kanunu madde 401 gereğince asgari ücretten az olmamak üzere emsal ücret ödenmesi şeklinde yazılmamış sayılmadan kaynaklanan boşluk tamamlanabileceğinden, sözleşmenin ayakta tutulması ilkesi de gözetilerek sözleşmenin kurulamadığından bahsetmek isabeli olmaz<sup>94</sup>. Hâkim sözleşme boşluğunu Türk Medeni Kanunu'nun 1. maddesi uyarınca önce emredici kanun hükümleri ile, bulunmadığı takdirde tamamlayıcı kanun hükümleri ile, o da bulunmadığı takdirde örf ve âdet hukukuna göre, hiçbir kural bulunmadığı takdirde sözleşmenin içeriğini gözeterek kendisi tamamlamalıdır<sup>95</sup>.

## 2. Yorum Denetimi

Türk Borçlar Kanunu madde 19'da tüm sözleşmelere ilişkin genel bir yorum hükmü düzenlenmiş ve tarafların ifade şekline bakılmaksızın gerçek ve ortak iradelerinin esas alınacağı belirtilmiştir. Kanun'un 23. maddesinde ise genel işlem koşullarına ilişkin yorum kuralına yer verilmiş ve açık olmayan genel işlem koşullarının düzenleyenin aleyhine ve karşı tarafın lehine yorumlanacağı düzenlenmiştir. Madde gerekçesinde Roma hukukuna hâkim olan "in dubio contra stipulatorem" (sözleşme, şüphe hâlinde düzenleyen aleyhine yorumlanır) genel ilkesinden yola çıkıldığı belirtilmiştir. Yargıtay da bir kararında<sup>96</sup>

<sup>93</sup> **TOPÇUOĞLU**, Metin, "Genel İşlem Şartları ile Rekabet İhlali ve Sonuçları", Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. XIX, Y. 2015, Sa. 4, s. 52-53.

<sup>94</sup> **CİVAN**, s. 194.

<sup>95</sup> **KARADAĞ**, s. 68-69; **CİVAN**, s. 194-195; **TUZCUOĞLU**, s. 255-256.

<sup>96</sup> Yargıtay 9. HD. 26.02.1996, 1995/26332 Esas, 1996/2570 Karar, www.sinerjimevzuat.com.tr, Erişim Tarihi: 29.03.2020.

*“Aynı sözleşmede birbiriyle çelişkili kurallara yer verildiği takdirde işçi yararına olan kuralın dikkate alınması iş hukukunun işçiyi koruyucu temel ilkesi gereğidir.”* diyerek yorum denetiminin altını çizmiştir.

Genel iş koşullarının yorumunda da işveren aleyhine ve işçi lehine yorum yapılır. Bunun yanı sıra kelime anlamına göre yorum yapma, sözleşmeyi bütün olarak yorumlama, genel deyimleri sözleşmenin anlamına göre yorumlama, sözleşmeyi geçersiz kılacak yorum yerine geçerli kalmasını sağlayacak yorumu tercih etme, özellikle işçinin haklarını kısıtlayan ve tamamlayıcı hukuk kurallarından sapan hükümleri dar yorumlama, bireysel sözleşme hükümlerine öncelik tanıma gibi yorum ilkeleri de kullanılmalıdır<sup>97</sup>. Yorum araçları olarak ise tarafların irade beyanları, sözleşme metni, sözleşmeyi kurarken gözettikleri amaç ve sözleşme görüşmelerine ilişkin kayıtlar kullanılabilir<sup>98</sup>.

Yorum yapılırken Alman hukukunda da hâkim görüş olduğu üzere genel ve soyut nitelikteki genel işlem koşullarının objektif yorumlanmalıdır<sup>99</sup>. Ayrıca Türk Medeni Kanunu madde 2’de düzenlenen dürüstlük kuralı da yukarıdaki madde hükümlerinin yetersiz kaldığı durumlarda tali olarak göz önünde bulundurulmalıdır<sup>100</sup>. Örtülü bir içerik denetimine varacak ölçüde yorum denetimi yapılmamalıdır<sup>101</sup>.

### **3. İçerik Denetimi**

#### **a. Genel Olarak**

Hukukumuzda düzenlenen açık ve dar/gerçek anlamda içerik denetimi genel olarak sözleşme tarafları arasında menfaat dengesinin sağlanması amacı ile; bu dengeyi büyük ölçüde bozan, hakkaniyete aykırı sözleşme koşullarının denetlenip geçersiz sayılması olarak ta-

<sup>97</sup> YELMEN, s. 117-121; KAŞAK, Fahri Erdem, s. 214-216.

<sup>98</sup> CİVAN, s. 198.

<sup>99</sup> AYDIN, s. 101; SOYER, s. 130.

<sup>100</sup> CİVAN, s. 208.

<sup>101</sup> SOYER, s. 135.

nımlanabilir<sup>102</sup>. Sözleşme özgürlüğünü en çok kısıtlayan denetim olması nedeniyle son çare olarak başvurulması gerektiği yönünde doktrinde görüş ileri sürülmüştür<sup>103</sup>.

Türk Borçlar Kanunu madde 25'te "*dürüstlük kurallarına aykırı olarak, karşı tarafın aleyhine veya onun durumunu ağırlaştırıcı nitelikte hükümler konulamayacağı*" şeklinde içerik denetiminin kapsamı belirlenmiştir. Madde metninde her ne kadar sadece dürüstlük kuralı ölçütmüş gibi kabul edilse de hâkimler içerik denetimini yaparken Anayasanın<sup>104</sup> 138. maddesinin 1. fıkrası<sup>105</sup> doğrultusunda Anayasa'yı, emredici kuralları, ahlâka ve kamu düzenine aykırılığı, kişilik haklarını, irade sakatlığı hâllerini de göz önünde bulundurmalıdır<sup>106</sup>. Yine Türk Medeni Kanunu'nun 2. maddesinin 2. fıkrası uyarınca hakkın kötüye kullanılması yasağına aykırılık olup olmadığı da denetlenmelidir<sup>107</sup>. Doktrinde bir görüş ise emredici kuralları, ahlâka ve kamu düzenine aykırılık hâlinde zaten Türk Borçlar Kanunu madde 27'nin devreye gireceği ve içerik denetimine gerek kalmayacağını savunmaktadır<sup>108</sup>. Yine doktrinde dürüstlük kuralı kavramının soyut ve geniş olduğu, içeriğinin daha net çizilmesi gerektiği vurgulanmaktadır<sup>109</sup>.

25. madde düzenlemesine kadar uygulamada Yargıtay "*kullanım denetimi*" adı ile sözleşme içeriğine müdahale etmekte idi<sup>110</sup>. Söz konusu denetimin yapıldığı döneme ilişkin Yargıtay bir kararında<sup>111</sup> cezai şartın işveren ve işçi için karşılıklı düzenlenmesi gerektiğini, işçi

<sup>102</sup> CİVAN, s. 210-212; YILDIZ, s. 27-30.

<sup>103</sup> DOĞANCI, s. 311.

<sup>104</sup> 2709 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasası, RG 09.11.1982; Sayı: 17863 (Mükerrer).

<sup>105</sup> "*Hakimler, görevlerinde bağımsızdırlar; Anayasaya, kanuna ve hukuka uygun olarak vicdanı kanaatlerine göre hüküm verirler.*"

<sup>106</sup> EREN, s. 240; ATAMER, Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi, s. 146; SÜZEK, s. 68; YELMEN, s. 124-125; YILDIZ, s. 30; AKPINAR, s. 324.

<sup>107</sup> ATAMER, Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi, s. 168.

<sup>108</sup> OĞUZMAN / ÖZ, s. 174.

<sup>109</sup> ATAMER, Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi, s. 42; YILMAZ, s. 53.

<sup>110</sup> Bu döneme ilişkin detaylı açıklama için bkz. CİVAN, s. 224-229.

<sup>111</sup> Yargıtay 9. HD. 21.01.2010, 2009/46225 Esas, 2010/604 Karar, www.sinerjimevzuat.com.tr, Erişim Tarihi: 30.03.2020.

lehine yorum ilkesi gözetilerek sadece işçi aleyhine tek taraflı cezai şartın geçerli olmadığını belirtmiştir.

Sözleşmede önemli ölçüde menfaat dengesinin bozulduğu tespiti yapılırsa iken genel iş koşulları tek tek değerlendirilmemeli, sözleşme bir bütün olarak değerlendirilmelidir. Zira işçi aleyhine dengeyi bozan bir genel iş koşulu hükmü başkaca bir hüküm ile dengelenmiş olabilir<sup>112</sup>.

Genel iş koşulları genel ve soyut düzenlemeler olup çok sayıda, benzer sözleşmede kullanılma amacı güdüldüğünden denetim de bu doğrultuda genel ve soyut olarak yapılmalı, somut iş sözleşmesi tarafları dikkate alınmaksızın koşullar denetlenmelidir<sup>113</sup>. Amaç sözleşme ile bozulan taraf menfaati dengesinin yeniden tesisidir. Bu nedenle hukuki düzenlemeleri aynen aktaran koşullar içerik denetimine tabi tutulmaz<sup>114</sup>.

Toplu iş sözleşmesinin özerk yapısı ve tarafların denk olması<sup>115</sup>, müzakere edilmesi, grev ve lokavt gibi karşılıklı hukuki baskı araçlarına sahip olunması hususları gözetildiğinde toplu iş sözleşmesi hükümlerinin içerik denetimine tabi tutulması ihtiyacı bulunmamaktadır<sup>116</sup>.

## b. Değişiklik Kayıtları

Türk Borçlar Kanunu'nun "Değiştirme yasağı" başlık 24. maddesinde "düzenleyene tek yanlı olarak karşı taraf aleyhine genel işlem koşulları içeren sözleşmenin bir hükmünü değiştirme ya da yeni düzenleme getirme yetkisi veren kayıtlar"ın yazılmamış sayılacağı düzenlenmiştir.

<sup>112</sup> CİVAN, s. 251.

<sup>113</sup> DOĞANCI, s. 316; CİVAN, s. 256.

<sup>114</sup> ATAMER, "Yeni Türk Borçlar Kanunu Hükümleri Uyarınca Genel İşlem Koşullarının Denetlenmesi – TKHK m. 6 ve TTK m. 55, f. 1, (f) ile Karşılaştırmalı Olarak", s. 54; DOĞANCI, s. 349-354; CİVAN, s. 285-289.

<sup>115</sup> İşçi sendikası ile işveren sendikası yahut sendika üyesi olmayan işveren arasında toplu iş sözleşmesi akdedilmektedir.

<sup>116</sup> SOYER, s. 193; CİVAN, s. 301-302.

Madde gerekçesinde yazılmamış sayılma yaptırımının Türk Borçlar Kanunu'nun 27. maddesinin 2. fıkrasının 1. cümlesi anlamında kesin hükümsüzlük yaptırımı olduğu ve aynı fıkranın 2. cümlesinin, yani yazılmamış sayılan hükümler olmaksızın sözleşmenin kurulmayacağı hükmünün uygulamasının söz konusu olmayacağı belirtilmiştir.

İş hukukunda iş sözleşmesinin esaslı şekilde değiştirilmesi bu şekilde bir değişiklik kaydı ile mümkün değildir, İş Kanunu 22. maddesinde öngörülen usule uyulması gerekir. Çalışma koşulları Anayasadan, kanunlardan, yönetmeliklerden, toplu iş sözleşmesinden, iş sözleşmesinden, işyeri uygulamalarından vb. kaynaklardan doğan tüm hakları ve borçları kapsar<sup>117</sup>. Çalışma koşullarında esaslı olmayan değişiklikler İş Kanunu'nun 22. maddesinin 2. fıkrası uyarınca tarafların anlaşması ile her zaman mümkündür. İşçinin işverenin emir ve talimatları ile bağlılığının somut yansıması Türk Borçlar Kanunu madde 399'da düzenlenen işverenin yönetim hakkıdır<sup>118</sup>, bu çerçevede işverenin çalışma koşullarını değiştirmekten ziyade, somutlaştırma amacı ile çeşitli düzenlemeler yapması mümkündür<sup>119</sup>. Ancak işçinin durumunu ağırlaştıran, esaslı değişiklik teşkil eden değişikliklerin yapılabilmesi için işveren İş Kanunu'nun 22. maddesinin 1. fıkrasına göre işçiye bu değişikliği yazılı olarak bildirmeli, işçi de bu değişikliği altı işgünü içinde yazılı olarak kabul etmelidir. Aynı fıkra uyarınca işçinin kabul etmemesi hâlinde işveren *“değişikliğin geçerli bir nedene dayandığını veya fesih için başka bir geçerli nedenin bulunduğunu yazılı ola-*

<sup>117</sup> CİVAN, s. 86; YILDIZ, s. 77.

<sup>118</sup> YUVALI, Ertuğrul, İşçinin Kişisel Özellikleri Bakımından İşverenin Eşit Davranma Borcu, Turhan Kitabevi, Ankara 2012, s. 33.

<sup>119</sup> MOLLAMAHMUTOĞLU / ASTARLI / BAYSAL, s. 160; ÇELİK / CANIKLIOĞLU / CANBOLAT, s. 276; EKMEKÇİ / YİĞİT, s. 75; BAŞBUĞ, Aydın, İş Hukuku Çalışanları Hakları ve Sorunları, 4. Baskı, A Kitap Binyıl Yayınevi, Ankara 2016, s. 52; SÜMER, s. 76; DURSUN ATEŞ, Sevgi, İşverenin Yönetim Hakkı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2019, s. 230-231; ERDEMİR, s. 108-115; YILDIZ, s. 82; ZEYBEKOĞLU, Pınar, İşverenin Yönetim Hakkı Çerçevesinde İtiraz Edilebilir İş Kavramı, Legal Yayıncılık, İstanbul 2018, s. 75-76; SEÇKİN, M. İhsan, “Komisyon ve Genel Kurul Tutanaklarına Yansıyan Meclis İradesi İşliğinde İş Sözleşmesindeki Değişiklik Kaydının Geçerliliği Sorunu”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı 121, Yıl 2015, s. 348-349.



*rak açıklamak ve bildirim süresine uymak suretiyle”* değişiklik feshi yoluna gidebilir.

İşyeri uygulaması oluşmaması amacı ile öngörülen bağlayıcı olmama kayıtları, işverenin belirli koşullarda sağladığı edimleri geri almasına olanak tanıyan geri alma kayıtları, işyerleri arası nakil kayıtları, belirli süre kayıtları gibi saklı tutma kayıtları da Türk Borçlar Kanunu madde 24 kapsamında değişiklik kayıtları teşkil ettiğinden denetime tabi tutulmalıdır<sup>120</sup>. Yargıtay tarafından değişiklik kayıtları “*genişletilmiş yönetim hakkı*” olarak kabul edilmekte idi<sup>121</sup> ise de Türk Borçlar Kanunu madde 24 düzenlemesi ile birlikte kanaatimizce de artık bu kayıtların yönetim hakkı kapsamına dahil edilmesi mümkün olmadığından geçersiz olur<sup>122</sup>. Doktrinde Türk Borçlar Kanunu madde 24’ün genel iş koşullarına ilişkin değişiklik kayıtlarına uygulanmasının iş hukukunda esneklik ile işyerinin devamlılığı bakımından iş hukukunun yapısına uygun olmadığı, bu nedenle Türk Borçlar Kanunu’na 24. madde ile getirilen düzenlemeden sonra da genel iş koşullarındaki değişiklik kayıtlarının geçerli olduğu, 24. madde dışında kalan genel işlem koşulları denetimlerinin uygulanması gerektiği yönünde görüş ileri sürülmektedir<sup>123</sup>. Ancak Türk Borçlar Kanunu madde 20-25 arasından öngörülen denetimlerin bir bütün olması, kanunun belirli hükümlerinin genel iş koşullarının denetimi için uygulanması, belirli hükümlerinin ise uygulanmaması şeklinde bir durumun hukuken isabetli olmaması ve İş Kanunu madde 22’de öngörülen esaslı değişiklikler için öngörülen usulün gerekçelerinin de gözetilmesi gerektiği gerekçeleri ile katılmamaktayız.

---

<sup>120</sup> **CİVAN**, s. 108-111.

<sup>121</sup> Yargıtay HGK. 11.10.2006, 2006/613 Esas, 2006/644 Karar; Yargıtay 22. HD. 17.02.2012, 2012/994 Esas, 2012/2085 Karar; Yargıtay 9. HD. 12.11.2012, 2010/27114 Esas, 2012/37183 Karar; Yargıtay 7. HD. 20.06.2013, 2013/4133 Esas, 2013/11620 Karar [www.sinerjimevzuat.com.tr](http://www.sinerjimevzuat.com.tr), Erişim Tarihi: 29.03.2020.

<sup>122</sup> **SÜZEK**, s. 69-73; **ERDEMİR**, s. 137-138; **ANLAMA**, Adil, “İşverene Sözleşmede Tek Taraflı Değişiklik Yapma Yetkisi Veren Sözleşme Hükümleri (Değişikliği Saklı Tutma Kayıtları)”, İş ve Hayat Dergisi, Cilt 3, Sayı 5, Ocak 2017, s. 267; **AKPINAR**, s. 342-343.

<sup>123</sup> Bu görüş hakkında detaylı bilgi için bkz. **CİVAN**, Orhan Ersun, “Genel İş Koşullarında Değişiklik Kayıtlarının Geçerliliği ve Denetimi”, İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Sayı 15 (1), Ocak-Şubat 2016, s. 781-824.

### c. İçerik Denetiminin Sonuçları

Türk Borçlar Kanunu madde 25'in gerekçesinde içerik denetiminin yaptırımının kısmî geçersizlik olduğu belirtilmiştir. Geçersiz sayılan hükümler haricindeki hükümlerin geçerli olduğu, geçersiz sayılan hükümler olmasa idi sözleşmenin akdedilmeyeceği iddiasının dinlenmeyeceğine açıkça yer verilmiştir. Kanun koyucunun yazılmamış sayılma gibi muğlak bir sonuca yer vermek yerine kısmî geçersizlik yaptırımını benimsemesi kanaatimizce isabetlidir. Ancak madde metninde bu yaptırıma yer verilmeyip, sadece “konulamaz” ibaresine yer verilmesi ve akabinde yaptırımın açıklamasının gerekçede yapılması kanun yapma teknikleri açısından isabetli değildir. Geçersizlik hâkim tarafından da kendiliğinden dikkate alınmalıdır<sup>124</sup>.

Genel işlem koşulu içeren bazı hükümlerin içerik denetimi sonucunda kısmî geçersiz sayılması durumunda her hâlde bir sözleşme boşluğu doğmaz. Ancak bazı durumlarda boşluk doğması hâlinde bu boşluğun doldurulması gerekir<sup>125</sup>. Hâkim bu boşluğu içerik denetiminin esas amacı olan, bozulan dengeyi korunan taraf lehine düzeltme amacı ile doldurmalıdır<sup>126</sup>.

Kısmî geçersizlik çözümü özellikle iş hukuku açısından isabetli olup; sözleşmenin tamamını geçersiz saymak yerine, iş sözleşmesinin devamlılığının gözetilmesi isabetlidir. Bu doğrultuda geçersiz sayılan hükümlerden doğan boşluğun mutlak yahut nispi emredici hükümlerle, emredici hüküm bulunmadığı takdirde tamamlayıcı hükümler ile doldurulması, hüküm bulunamaz ise örf ve âdet hukuku ile, örf ve âdet hukukuna ilişkin bir kural da bulunmadığı takdirde ise hâkimin kendisi tarafından tamamlanması gerekir<sup>127</sup>.

---

<sup>124</sup> AYDIN, s. 113.

<sup>125</sup> ATAMER, Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi, s. 227.

<sup>126</sup> ATAMER, Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi, s. 228.

<sup>127</sup> CİVAN, s. 312-313.

## **SONUÇ**

Sanayi Devrimi ve kitlesel üretim genel işlem koşullarının özellikle iş hukukunda yaygınlaşması sonucunu doğurmuştur. İşsizlik oranlarının yüksekliği nedeniyle işçi ya bu koşulları müzakere etmeksizin kabul etmek ya da işi reddetmek zorunda kalmaktadır. Bu nedenle sözleşmenin zayıf tarafı olan işçinin korunması zaruridir. İş Kanunu'nda ayrı bir hüküm öngörülmesi de genel kanun - özel kanun ilişkisi gözetildiğinde Türk Borçlar Kanunu madde 20 ile 25 hükümleri genel iş koşullarının denetiminde de uygulandığı takdirde söz konusu koruma amacı sağlanmaktadır.

Türk Borçlar Kanunu madde 20'den genel iş koşullarının önceden ve tek yanlı belirlenme, genel ve soyut nitelikte olma, çok sayıda ve benzer sözleşmede kullanılma amacı, hazırlayan tarafından sözleşmenin karşı tarafına sunulma ve genel işlem koşullarının bireysel sözleşme konusu yapılmama unsurları çıkarılmaktadır.

Genel iş koşulları birçok işlemde öngörülebilirlikle birlikte uygulamada en sık rastlanılan türleri tip iş sözleşmeleri, işyeri iç yönetmelikleri, işverenin genel vaatleri ve işyeri uygulamalarıdır. Uygulamada bu hukuki işlemlerde değişiklik kayıtları, rekabet yasağı, fazla çalışmaya muvafakat, cezai şart gibi birçok genel iş koşulu niteliği taşıyan düzenlemelere yer verilebilmektedir. Unsurları taşıdıkları takdirde tüm bu hükümler genel iş koşulları denetime tabi tutulmalıdır.

Hukukumuzda Türk Borçlar Kanunu'nun 21 ve 22. maddesinde yürürlük denetimi, 23. maddesinde yorum denetimi, 24 ve 25. maddesinde ise içerik denetimi olmak üzere üç aşamalı denetim öngörülmüştür. Türk Borçlar Kanunu madde 24 ile düzenleyene tek yanlı olarak karşı taraf aleyhine değişiklik yapma hakkı veren kayıtların geçersiz olduğu düzenlenmiştir.

Yürürlük denetimi ile karşı tarafa açıkça bilgi verilip, inceleme olanağı tanınması ve akabinde karşı tarafın kabulü ile sözleşmeye genel iş koşullarının dahil edilebileceği öngörülmüştür, aksi takdirde koşullar yazılmamış sayılacaktır. Yorum denetimi ile açık olmayan genel iş koşullarının düzenleyen işverenin aleyhine ve karşı taraf olan

işçinin lehine yorumlanacağı düzenlenmiştir. Son olarak içerik denetimi ile taraflar arasındaki menfaat dengesi korunmaya çalışılmış, dürüstlük kurallarına aykırı olarak, işçinin aleyhine veya onun durumunu ağırlaştırıcı nitelikte hükümler konulamayacağı belirtilmiştir.

Kanun koyucunun denetimler ile öngördüğü amaç bir bütün olarak değerlendirilmeli ve kanaatimizce denetimler sonucu öngörülen yazılmamış sayılma yaptırımının hukuki niteliğinin kısmî geçersizlik olduğu kabul edilmelidir. Türk Borçlar Kanunu'nun ilgili hükümleri elbette genel iş koşullarının denetiminde uygulanmalıdır, ancak iş hukukunun kendine has özellikleri de göz önünde tutulmalıdır.

### **KAYNAKÇA**

**AKPINAR**, Fatih, “İşverene Çalışma Koşullarını Değişirme Yetkisi Veren Kayıtların Genel İşlem Koşulları”, Çalışma ve Toplum Dergisi, Sayı 68, 2021/1, s. 317-354.

**ANLAMA**, Adil, “İşverene Sözleşmede Tek Taraflı Değişiklik Yapma Yetkisi Veren Sözleşme Hükümleri (Değişikliği Saklı Tutma Kayıtları)”, İş ve Hayat Dergisi, Cilt 3, Sayı 5, Ocak 2017, s. 256-271.

**ANTALYA**, O. Gökhan / **DOĞANCI**, E. Doğa, “Genel İşlem Koşullarında Saydamlık Kuralının, Bunun TBK m. 20 vd.’daki Görünümlerinin ve TTK m. 55 f. 1 f ile TBK m. 20 vd.’nın Birlikte Uygulanabilirliğinin Değerlendirilmesi”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Cilt 24, Sayı 2, Aralık 2018, s. 823-860.

**ATAMER**, Yeşim M., “Yeni Türk Borçlar Kanunu Hükümleri Uyarınca Genel İşlem Koşullarının Denetlenmesi – TKHK m. 6 ve TTK m. 55, f. 1, (f) ile Karşılaştırmalı Olarak”, Türk Hukukunda Genel İşlem Şartları Sempozyumu, BATIHA E Yayını, Ankara 2012, s. 9-73.

- ATAMER**, Yeşim M., Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması Sorunu Çerçevesinde Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi, Beta Yayıncılık, İstanbul 2001.
- ATAMULU**, İsmail, “Genel İşlem Şartlarında Şahsî (Bireysel) Anlaşmanın Mevcudiyetini İspat Yükü”, Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 13, Sayı 1, Nisan 2018, s. 101-147.
- AYDIN**, Ramazan, “Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Şartlar (TKHK m.5)”, Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 11, Sayı 1, Haziran 2016, s. 83-123.
- AYDOĞDU**, Murat, “6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununda Düzenlenen Genel İşlem Koşullarının Konu Bakımından Uygulama Alanı”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 13, Sayı 2, Yıl 2011 (Basım Yılı: 2013), s. 1-50.
- BAŞBUĞ**, Aydın, İş Hukuku Çalışanları Hakları ve Sorunları, 4. Baskı, A Kitap Binyıl Yayınevi, Ankara 2016.
- CİVAN**, Orhan Ersun, Genel İş Koşulları, Beta Yayıncılık, İstanbul 2015.
- CİVAN**, Orhan Ersun, “Genel İş Koşullarında Değişiklik Kayıtlarının Geçerliliği ve Denetimi”, İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Sayı 15 (1), Ocak-Şubat 2016, s. 781-824.
- ÇELİK**, Nuri / **CANIKLIOĞLU**, Nurşen / **CANBOLAT**, Talat, İş Hukuku Dersleri, 33. Bası, Beta Yayıncılık, İstanbul 2020.
- DOĞANCI**, Doğa Ekrem, Genel İşlem Koşullarında Saydamlık Denetimi, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2018.
- DURSUN ATEŞ**, Sevgi, İşverenin Yönetim Hakkı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2019.
- EKMEKÇİ**, Ömer / **YİĞİT**, Esra, Bireysel İş Hukuku Dersleri, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2020.
- ERDEMİR**, Aymelek, İşverenin Yönetim Hakkı ve Sınırları, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2015.

- EREN**, Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 24. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2019.
- ERTÜRK**, Şükran, “Genel İş Koşulları ve Genel İş Koşullarının Denetlenmesi”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 15, Özel Sayı, Yıl 2013 (Basım Yılı 2014), s. 81-118.
- EYRENCİ**, Öner / **TAŞKENT**, Savaş / **ULUCAN**, Devrim, Bireysel İş Hukuku, 9. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul 2019.
- İREN**, Ertan, “İşyeri Etik Kuralları”, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 17, Sayı 2, Yıl 2009, s. 73-81.
- KARADAĞ**, Özgür, Türk Borçlar Kanununda Genel İşlem Koşulları ve Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Şartlar, Adalet Yayınevi, Ankara 2014.
- KAŞAK**, Esra, “Sözleşmenin Niteliğine ve İşin Özelliğine Yabancı Olan Genel İşlem Koşulları (6098 sayılı TBK m. 21/2)”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 3, Sayı 1, Yıl 2012, s. 415-430.
- KAŞAK**, Fahri Erdem, “Genel İşlem Koşullarının Yorumlanması (TBK m. 23)”, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 23, Sayı 2, Yıl 2019, s. 195-222.
- KILIÇOĞLU**, Ahmet M., Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 24. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2020.
- MOLLAMAHMUTOĞLU**, Hamdi / **ASTARLI**, Muhittin / **BAYSAL**, Ulaş, İş Hukuku Ders Kitabı, Cilt 1: Bireysel İş Hukuku, 4. Bası, Lykeion Yayınları, Ankara 2020.
- NARMANLIOĞLU**, Ünal, İş Hukuku Ferdi İş İlişkileri I, Beta Yayıncılık, İstanbul 2014.
- OĞUZMAN**, M. Kemal / **ÖZ**, Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt 1, 17. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2019.
- SEÇKİN**, M. İhsan, “Komisyon ve Genel Kurul Tutanaklarına Yansıyan Meclis İradesi Işığında İş Sözleşmesindeki Değişiklik Kaydının

Geçerliliği Sorunu”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı 121, Yıl 2015, s. 343-380.

**SOYER**, M. Polat, Genel İş Koşulları, BASİSEN Eğitim ve Kültür Yayınları, Özgün Matbaacılık, İstanbul 1987.

**SÜMER**, Haluk Hadi, İş Hukuku, 25. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2020.

**SÜMER**, Haluk Hadi / **KAYIRGAN**, Hasan, İşçilik Alacakları ve Hesaplamaları, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2. Baskı, Ankara 2021.

**SÜZEK**, Sarper, İş Hukuku, 19. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul 2020.

**SÜZEK**, Sarper, “İş Hukukunda İç Yönetmelikler”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 44, Sayı 1-4, Yıl 1996, s. 183-191.

**SİRMEN**, A. Lale, “Tüketici Sözleşmelerindeki Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi”, Türk Hukukunda Genel İşlem Şartları Sempozyumu Bildiriler Tartışmalar 8 Nisan 2011, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, Ankara 2012, s. 109-134.

**ŞAKAR**, Müjdat, İş Hukuku Uygulaması, 12. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul 2018.

**ŞEKER**, Muzaffer, Yazılmamış Sayılma, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2015.

**TOPÇUOĞLU**, Metin, “Genel İşlem Şartları ile Rekabet İhlali ve Sonuçları”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 19, Sayı 4, Yıl 2015, s. 3-69.

**TUNÇOMAĞ**, Kenan / **CENTEL**, Tankut, İş Hukukunun Esasları, 9. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul 2018.

**TUZCUOĞLU**, Tuğçe, Avrupa Birliği Normları ve 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümleri Işığında Genel İşlem Şartları, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2020.

**UŞAN**, M. Fatih / **ERDOĞAN**, Canan, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2020.

**YELMEN**, Adem, Türk Borçlar Kanunu'na Göre Genel İşlem Şartları, Yetkin Yayınları, Ankara 2014.

**YILDIZ**, Gaye Burcu, İş Hukukunda Sözleşmesel Kayıtlar, Yetkin Yayınları, Ankara 2014.

**YILMAZ**, Abdüssamet, Haksız Rekabet Hukukunda Genel İşlem Şartı Kullanımı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2015.

**YUVALI**, Ertuğrul, İşçinin Kişisel Özellikleri Bakımından İşverenin Eşit Davranma Borcu, Turhan Kitabevi, Ankara 2012.

**ZEYBEKOĞLU**, Pınar, İşverenin Yönetim Hakkı Çerçevesinde İtiraz Edilebilir İş Kavramı, Legal Yayıncılık, İstanbul 2018.

#### **ÇEVİRİMİÇİ KAYNAKLAR**

[www.sinerjimevzuat.com.tr](http://www.sinerjimevzuat.com.tr)





**Kamu Hukuku /  
Public Law**

---



**Hakemli Makale**

**DELİLLERİN DEĞERLENDİRİLMESİNDE GENETİK VE  
NÖROBİLİM VERİLERİNİN KULLANILMASI**

*Use Of Genetic And Neuroscientific Data In Evaluation Of Evidence*

**Dr. Öğr. Üyesi Hüseyin Ertuğrul\***

**Doç. Dr. MSc. C. Alper Kemalöglü\*\***

**Doç. Dr. Halil Tekiner\*\*\***

**ÖZET**

Bir suçun aydınlatılması ve o suç için bir ceza yaptırımının belirlenip infaz edilmesi, toplumsal düzenin korunması için önem arz etmektedir. Bunun için de, sağlıklı bir ceza muhakemesi sürecinin yürütülmesi gerekmektedir. Esasen sağlıklı bir ceza muhakemesi sürecinin yürütülmesi, sağlıklı bir şekilde delillerin toplanması ve muhafazasıyla mümkündür. Beyan, belge gibi delillerin dışında modern tıp bilimi verileriyle elde edilen deliller vardır ki, doğrudan maddi gerçeğin

---

\* Dr. Öğr. Üyesi, Kırşehir Ahi Evran Üniversitesi, Siyaset Bilimi ve Kamu Yönetimi Anabilim Dalı, Email: hertugrul83@ahievran.edu.tr, ORCID ID: 0000-0003-1372-2451.

\*\* Doç. Dr., Erciyes Üniversitesi, Plastik, Rekonstrüktif ve Estetik Cerrahi Anabilim Dalı, Kamu Hukuku Yüksek Lisans, Email: dralperkemaloglu@yahoo.com, ORCID ID: 0000-0003-3708-9371.

\*\*\* Doç. Dr., Erciyes Üniversitesi, Tıp Tarihi ve Etik Anabilim Dalı, Email: haliltekiner@gmail.com, ORCID ID: 0000-0002-8705-0232.

aydınlatılmasına hizmet etmektedir. Nitekim ceza muhakemesi sürecinin başarıyla yönetildiği devlet sistemlerinde, insan biyolojisine ve rasyonelliğe yakın bir sistemle delillerin toplandığı ve değerlendirildiği görülmektedir. Günümüz modern ceza hukuku sisteminde, modern tıp teknikleri ile özellikle genetik ve nörobilim alanındaki güncel ilerlemeler dikkate alınarak bu alandaki uzman hekimlerin bilirkişiliği marifetiyle ceza muhakemesi sürecinin sağlıklı ve hızlı bir şekilde yürütülebileceği kabul edilmektedir. Şu halde, bir ceza muhakemesi sürecinde, hukuka uygun tıp bilimi verilerinden istifade edilmesi ve delillerin değerlendirilmesi, maddi gerçeğin tespiti açısından önem arz etmektedir.

Bu çalışmada, ceza hukuku sisteminde insan biyolojisi ile delillerin değerlendirilmesi arasındaki ilişki ortaya konulmaya çalışılacak ve suç olgusunun biyo-sosyal nedenleri, nörobiyoloji ve kriminoloji temelinde değerlendirilmesi yapılacaktır.

**Anahtar Kelimeler:** Delil, ceza muhakemesi, nörobilim, suç, kriminoloji

## **ABSTRACT**

Clarifying a crime as well as determining and executing a penalty for that crime are important for the preservation of the social order. For this, a proper criminal procedure must be carried out. Essentially, conducting a proper criminal procedure is possible by collecting and preserving evidence in a proper way. Besides a variety of evidences such as statements and documents, there are those others obtained from advanced medical science data, which directly serve to enlighten the material reality. As a matter of fact, in state systems where the criminal investigations are successfully prosecuted, it is seen that evidence is collected and evaluated with a system close to human biology and rationality. In today's modern criminal law system, it is accepted that the criminal procedure process can be carried out in a healthy and rapid manner by the expertise of the specialized physi-

ans in this field, taking into account the advanced medical techniques, especially in the field of genetics and neuroscience. Therefore, in a criminal procedure, it is important to make use of legal medical science data and to evaluate the evidence in terms of determining the material truth.

In this study, the relationship between human biology and the evaluation of evidence in the criminal law system will be tried to be revealed and the bio-social causes of crime will be evaluated on the basis of neurobiology and criminology.

**Keywords:** Evidence, criminal procedure, neuroscience, crime, criminology.

## **I. Giriş**

Ceza muhakemesinin amacı, adil yargılanma hakkına sadık kalarak maddi gerçeğin ortaya çıkarılması ve bu suretle cezai uyuşmazlığın çözüme kavuşturulması ve adaletin sağlanmasıdır. Bu amacı gerçekleştirmeye yönelik faaliyet de ispattır. İspat, maddi olayın oluş biçiminin, diğer bir ifadeyle, maddi sorunun çözülerek gerçeğe ulaşılmasıdır<sup>1</sup>. Günümüz ceza muhakemesinde, suçluluğun hangi tür delille ve ne kadar sayı ile ispatlanacağı kanuni bir düzenlemeye bağlanmayıp hâkimin takdirine bırakılmıştır ki, buna “vicdani delil sistemi” denilmektedir. Aynı şekilde ceza muhakemesinde duruşmaya hukuki yoldan getirilmiş her şey delil olabilmektedir ki, buna da “delil serbestliği ilkesi” denilmektedir. Şu halde, günümüz ceza muhakemesinde her şeyin delil olarak kabul edilmesi ve delillerin serbestçe değerlendirilmesi serbestliği söz konusudur<sup>2</sup>. Özetle günümüz modern

---

<sup>1</sup> Şahin, Cumhuriyet, Gökçen, Neslihan, **Ceza Muhakemesi Hukuku II**, Seçkin Yayınları, Ankara, 2020, s. 33; Canpolat, Can, “Ceza Muhakemesi Hukukunun Amacı”, **ERÜHFD**, C:XV, S:2, 2020, s. 454; Gedik, Doğan, “Ceza Muhakemesinde Hakimin Delilleri Değerlendirme Serbestliği (Cmk M.217)”, **D.E.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi**, Prof. Dr. Durmuş TEZCAN’a Armağan, C:21, Özel Sayı, 2019, s.917.

<sup>2</sup> Gedik, s.917; Gökçen, Ahmet, Çakır, Kerim, “Ceza Muhakemesinde Delil, Delillerin Muhafazası, Toplanması, Değerlendirilmesi Ve Delil Yasakları”, **D.E.Ü. Hukuk Fa-**

ceza muhakemesi maddi gerçeğe ulaşmayı amaçladığından, bu amaca hizmet eden, hukuka uygun, olayı temsil eden ve ispata etkisi olan tüm delillerin toplanmasını ve ortaya konulmasını gerekli kılmaktadır.

Öğretide ağırlıklı görüşe göre, işlenmiş olan bir suçun aydınlatılması için suç delillerinin teknolojik gelişmelere de uygun şekilde düzenli ve eksiksiz olarak toplanması, muhafazası ve değerlendirilmesi gerekmektedir. Bunun için delillerin ilgili kriminal laboratuvarlara gönderilmesi ve sonuçlarının yargı mercilerine ulaştırılmasının zorunlu olduğu kabul edilmektedir<sup>3</sup>. Burada maddi delillerin toplanması ve muhafazası kriminoloji biliminden faydalanmak suretiyle açıklanacaktır ki, kriminoloji bilimi de işlenmiş olan suçu aydınlatmak için tıp, fizik, biyoloji ve kimyanın tekniklerini kullanan bir bilim dalı olarak karşımıza çıkmaktadır. Günümüz ceza muhakemesinde, şüphelinin veya sanığın beden muayenesi ve vücudundan örnek alınması, diğer kişilerin beden muayenesi ve vücudundan örnek alınması, kişiler üzerinde moleküler genetik incelemeler, fizik kimliğin tespiti gibi düzenlemeler, bu tıbbi incelemelerin birer örneğidir<sup>4</sup>.

Çalışmamızın bu bölümünde, ceza muhakemesi sürecinin önemli bir parçası olan delillerin değerlendirilmesi hususunun tarihsel gelişiminden bahsedilerek günümüz tıp bilimi verilerinin bu değerlendirmede rolüne dikkat çekilmeye çalışılacaktır.

## **II. Tarihi Gelişim**

Eski çağlarda suç ve ceza anlayışı, insan biyolojisinden ve rasyonellikten uzak ve bütünüyle maddesel bir anlayışa sahipti. O dönemde suçun işlenmesini ve aydınlatılmasını belirleyen ana unsurlar, çoğun-

---

**kültesi Dergisi**, Prof. Dr. Durmuş TEZCAN'a Armağan, C.21, Özel Sayı, 2019, s. 2913.

<sup>3</sup> Şahin, Göktürk, s.47; Gökçen, Çakır, s.2912.

<sup>4</sup> Gökçen, Çakır, s.2920.

lukla dini ve ahlaki değerlerdi<sup>5</sup>. Bu basit ceza hukuku anlayışında, suçun aydınlatılmasındaki değişkenlerin ağırlığı ve etkisi tam olarak bilinmiyordu. Gerek Antik Yunan, gerekse Roma'da gözlemsel çıkarımlarla, işlenen suçlar aydınlatılmaya çalışılmaktaydı<sup>6</sup>. Bu dönemin katı ve basit suç teorisi, 16. yüzyılda başlayan bilimsel keşiflerin yapılmasıyla ve özellikle Montesquieu, Voltaire, Rousseau ve Kant gibi yazarların sorgulayıcı, eleştirel ve bilimsel yaklaşımlarıyla alışlagelmiş toplum düzeninde değişmeler yaşanmış ve bundan devletlerin ceza hukuku anlayışı da etkilenmiştir. Bu dönemde çağın hâkim akımları şüphesiz “pozitivizm” ve “determinizm” olduğundan doğanın gerçekliğini doğadan elde etme ve tüm doğal yasaları akıl ile keşfetme anlayışı benimsenmiş ve bu felsefi ideolojiler marifetiyle ceza hukuk sistemine farklı yaklaşımlar getirilmiştir. Daha önce kanunların şekillenmesinde baskın unsur olan ilahi ve kozmolojik hukuk fikri, yerini rasyonel bir doğal hukuk anlayışına bırakmış,<sup>7</sup> özellikle bu dönemde Lombroso, Garofalo ve Ferri'nin bilimsel çalışmalarıyla insan biyolojisinin suç olgusuyla olan ilişkisi tartışılmıştır<sup>8</sup>. Suça pozitivist bir bakış açısıyla yaklaşan bu kriminolog hekimler, suçun nedenini insan biyolojisine bağlamışlar; ahlaki ve manevi sorumluluk yerine failin değiştirilemez, önceden belirlenmiş biyolojik karakterinin öne koyulması gerektiğini ifade etmişlerdir. Bu ideologlar yaptıkları çalışmalarla ceza hukukuna birçok yeni ilke önermiş, suç teorisi ile ilgili soyut kavramlar yerine tamamen somut değişkenleri esas almanın gerekliliğine dikkat çekmişlerdir. Kişinin sosyal tehlikeliliği gözetilerek teknik anlamda “ceza” yerine “güvenlik tedbirleri”nin uygulanması gerektiğine

<sup>5</sup> Elizabeth Wilson, “Beyond The Rock: Post-Enlightenment Torture”, **New England Journal on Criminal&Civil Confinement**, Winter, 2013, C:39, S:1, s.41; Demirbaş, Timur, **Kriminoloji**, 7. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2020, s.61.

<sup>6</sup> Aristoteles; **Nikomakhos'a Etik**, Çev: Furkan Akderin, Bilgesu Yayınları, Ankara, 2007, s.44; Günşen İçli, Tülin, **Kriminoloji**, 10. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019, s.68.

<sup>7</sup> Küçüktaşdemir, Özgür, **Türk Ceza Hukukunda Maddi ve Manevi Cebir**, Seçkin Yayınları, 2012, s.68; Aristoteles, s.44-45.

<sup>8</sup> Johnson, Herbert, A., Wolfe, Nancy T., Mark, Jones, **History of Criminal Justice**, 4. Edition, Lexis Nexis, USA, 2008, s.135; Demirbaş, s.61.



dikkat çekmişlerdir<sup>9</sup>. Suçun önlenmesi açısından ilahi amaçlardan çok, sosyal amaçlara öncelik tanınması, ceza hukukunda reform yapılmasını savunan aydın düşünürlerin etkinliğini artırmış ve 18. yüzyılda klasik ceza hukukunun gelişimi sağlanmıştır. Esasen “klasik ceza hukuku” iki felsefi ekolden etkilenerek oluşturulmuştur. Bunlardan ilki, Grotius, Hobbes, Locke, Rousseau ve Fichte tarafından savunulan ceza verme hakkının meşruluğunu toplum sözleşmesine dayandıran “sözleşmecî felsefe”, diğeri ise Beccaria ile Bentham’ın başını çektiği cezalandırmanın meşruluğunu toplumsal yararda bulan “faydacı felsefe”dir<sup>10</sup>. Her iki felsefe, 19. yüzyılda Carrara tarafından bağdaştırılmış, böylelikle toplumsal gereklilik ve mutlak adalet fikirleri tek bir çatı altında toplanmıştır. Bu sayede ceza sorumluluğunun esası, cezaların ölçüsü ve infazı, tekerrür, teşebbüs, hangi fillerin suç olması gerektiği ve ceza verme hakkının dayanakları gibi konularda fikir birliği sağlanmış ve suçun maddi unsurları kadar manevi unsurlarının belirlenmesinin de ceza için gerekli bir şart olduğu vurgulanmıştır<sup>11</sup>.

Aydınlanma çağındaki klasik ceza hukukunun en önemli özelliği, kişinin benliğine dikkat çekmesi, insan aklına, iradesine ve insanın seçim yapma yeteneğine vurgu yapması olmuştur<sup>12</sup>. Bu vurgular, suç teorisinde suçun manevi unsurları olan kast ve taksir kalıplarının ortaya çıkışına da zemin hazırlamış, böylelikle ilkel suç teorisindeki nedensellik ile neticeyi meydana getiren her münferit şartın aynı değerde olduğu düşüncesi yerini fail iradesinin özgürlüğü çerçevesinde sorumluluğun sınırlandırılmasına bırakmıştır<sup>13</sup>. Böylece insan biyolojisi ve suç arasındaki ilişkinin ilk tohumları da atılmıştır.

<sup>9</sup> Artuk, M. Emin, “Güvenlik Tedbirleri”, **Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C:XII, 2008, S:1-2, s.461.

<sup>10</sup> Hafizoğulları, Zeki, Özen, Mustafa, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, US-A Yayınevi, Ankara, 2008, s.126; Johnson/Wolfe/Mark, s.242 vd.

<sup>11</sup> Dönmezer, Sulhi, Erman, Sahir, **Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku**, 12. Baskı, Der Yayınları, 2016, s.61.

<sup>12</sup> Erem Faruk, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Cilt 1, 10. Baskı, Sevinç Matbaası, Ankara, 1974, s.70.

<sup>13</sup> Fletcher, George P., “The Grammar of Criminal Law”, C:1, **Oxford U. Press**, New York, 2007, s.41; Günşen İçli, s.71 vd.

Modern ceza hukukunda suç davranışı üzerine değerlendirmeler yapılırken bütüncül bir yaklaşım benimsenmiş, suç olgusu tek faktöre indirgenmemiş ve hem suç hem de suçlu kavramlarına ayrı değer verilmiştir. Yine bu kapsayıcı anlayış çerçevesinde, hukuka aykırı davranışların cezalandırılması kadar bu davranışların önlenmesi hususu da ele alınmış ve bu doğrultuda gerek klasik ceza hukuku gerekse de pozitivizmin birikimlerinden faydalanılmıştır. Klasik ceza hukuku okulunun genel suç teorisi, ilkel haliyle maddi ve manevi ikili ayrıma dayanmaktaydı. Buna göre, suç kusurlu iradeyle işlenmiş beşeri bir fiildi. Suçun maddi unsuru; hareket, illiyet bağı ve neticeden oluşurken, manevi unsur ise, failin kusurluluğu demektir<sup>14</sup>. Pozitivizm ise, söz konusu nesnel suç teorisini farklı ve daha ileri bir boyuta taşımış, manevi unsur insan biyolojisinin doğal ve öngörülebilir maddi bir kusuru olarak tanımlamıştır. Suç teorilerinin bu genel gelişimi göz önüne alındığında, suçu anlamada ve ceza vermede eski çağlarda maddi unsurun manevi unsurdan çok daha öncelikli olduğu fakat 18. yüzyıldan sonra manevi unsurunda en az maddi unsur kadar önemli bir hale geldiği göze çarpmaktadır<sup>15</sup>. Şüphesiz ki, bu ilerlemede Rönesans sonrası biyoloji alanındaki gelişmeler ve buna paralel olarak insan eylemlerinin biyolojik alt yapısının keşfedilmesi önemli bir rol oynamıştır. Nitekim modern ceza hukuku da bu bilgi birikimi üzerine inşa edilerek pozitif bilimlerdeki ilerlemeleri takip etmiştir<sup>16</sup>.

Modern ceza hukuku, suçluların cezalandırılması ve toplumsal barışın korunmasını esas alan faydacı ve adaletçi görüşleri karma şekilde bünyesinde barındırmaktadır. Bu bağlamda modern ceza hukuku, cezanın kusurla orantılı olarak verilmesini önceleyerek kusurluluk, isnat, takdiri hafifletici gibi nedenlerin her birini göz önüne almaktadır. Burada amaç, hem kişinin temel hak ve özgürlüğünü korumak, hem de toplumsal düzeni sağlamaktır. Bu hassas çizgiyi koru-

<sup>14</sup> Lacey, Nicola, "Responsibility and Modernity in Criminal Law", **The Journal of Political Philosophy**, C:9, S:3, 2001, s.7; Fletcher, s.44.

<sup>15</sup> Aydın, Devrim, "Ceza Hukukunda Okullar", **Ceza Hukuku Dergisi**, S:15, Nisan, 2011, s.77.

<sup>16</sup> Sokullu Akıncı, Füsün, **Kriminoloji**, 10. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul, 2013, s.114 vd.

mak ve suçu önlemek adına modern ceza hukuku; insan psikolojisi, irade ve kusurluluk gibi suçun manevi tarafına daha fazla ağırlık vermek, diğer bir deyişle insanı ve insan eylemlerini daha iyi anlamak durumunda kalmıştır. Bu da günümüz ceza hukukunu kaçınılmaz olarak modern tıp bilimi verilerinden faydalanmayı mesela beyin biyolojisiyle ya da özel adıyla nörobilimsel bulgularla uyumlu bir değişim ve dönüşüm süreciyle delillerin toplanması ve değerlendirilmesini gerekli kılmıştır.

Çalışmamızın bundan sonraki kısımlarında bir ceza muhakemesi sürecinde delillerin toplanması ve muhafaza edilmesiyle ilgili gördüğümüz modern tıp bilimi verileriyle özellikle beynin karar alma mekanizmaları ve bunların suçla olan ilişkisine değinilecektir.

### **III. Biyolojik Karar Alma Mekanizması Açısından İnsan Fiili**

İnsanın tüm düşünce ve eylem kararlarının biyolojik kaynağı, onun beynidir. Yetişkin bir insan için ortalama 1,5 kg ağırlığında olan ve 100 milyarın üzerinde hücre içeren beyin, diğer organlardan farklı olarak bağlantı organizasyonu da sağlamaktadır. Beyindeki her bir hücre diğer hücrelerle ortalama 100.000'den fazla bağlantı (snaps) yapabilmektedir. Söz konusu bu bağlantılar, sinir hücrelerinden uzanan kablo benzeri uzantılarla gerçekleştirilmekte ve her kablonun üzerinde bir elektriksel uyarı bilgisi taşınarak, bu uyarı bilgisi diğer bir kabloya kimyasal araçlar ile aktarılmaktadır. İşte bu elektrokimyasal yöntemle, beyin her bilgiyi hücreleri arasında dağıtarak işlemekte ve anlamlandırmaktadır. Böylece kişi, hem dış hem de iç dünyasına dair bir gerçeklik tasviri kazanmakta ve bu gerçeklik tasviri içinde kişisel eylem kararlarını alabilmektedir<sup>17</sup>.

Beynin karar alma mekanizması, karmaşık görünümüldür. Beyin karar alırken sadece komplike bir sinirsel yol izlemekle kalmaz, aynı zamanda bu fonksiyonun nasıl ve ne şekilde işleyeceğini de birçok

---

<sup>17</sup> Brass, Marcell, Haggard Patrick, "To Do or Not To Do: The Neural Signature of Self-control", *J. Neurosci*, 2007, C:27, s.9141.

değişkene bakarak hesaplamaktadır. Beyinde kararlar, bilinçaltı ve bilinç kısımlarının tamamının katılımı ile gerçekleştirilen ayrıntılı ve ince bir süreci ifade etmektedir. Bu süreç, bilinçaltından ve özellikle hipokampus, singulat gyrus, hipotalamus ve amigdala olarak adlandırılan anatomik bölgelerden başlamaktadır<sup>18</sup>.

Bu bölgeler vücudun temel bilgi ve içgüdü bilgilerini içermektedirler. Hormon dengesi, korku, endişe ve daha önemlisi haz ve ödül alanları bu bölgelerde bulunmakta, temel ihtiyaçlar, hayatta kalma içgüdüğü ve mutluluk hissi ile alınan tüm karar ve seçimlerde bu bölgelerin uyarı ve istekleri göz önünde bulundurulmaktadır. Bununla birlikte tüm eylem kararlarının son ve nihai durağı bilinç kısmıdır. Bilinç kısmı, beynin en üst tabakası olan “neo-korteks” kısmında yer alır. Burası üstün insan davranışlarının, hayal gücünün, geçmiş ve gelecek bilgisinin, icat kabiliyetinin ve iradenin yer aldığı bölgedir. Bilinçaltı bilgileri bu alanda değerlendirilmekte ve eylem kararına bu alanda onay verilmektedir. Diğer bir deyişle, bilinç tüm eylemlerinde en büyük patron olarak mutlak sorumlu bir haldedir. Yukarıda anlatılan söz konusu işleyiş, iki önemli değişken tarafından etkilenir. Bu değişkenler genetik ve çevredir. Genetik, hücreler arası (snaps alanı) kimyasal iletimi sağlayan hormonların (serotonin, dopamin, noradrenalin, GABA, vs.) üretimi ve yıkımından sorumlu olan enzim sistemlerini etkilediğinden kişilik ve kişilikle ilişkili eylem kararlarını da doğrudan etkilemektedir. Genetik yazılımı gereği, bir kişi saldırgan, uysal, çekinik, korkusuz veya girişken olabilmekte ve söz konusu kişilik tiplerinin ortaya çıkışında genetik %50 gibi bir oranla baskın bir öneme sahip olmaktadır<sup>19</sup>. Bununla beraber genetik koddaki her olumlu ve olumsuz potansiyel hususlar, her kişide mutlak bir şekilde ortaya çıkacak anlamına gelmemektedir. Çünkü genetik özelliklerin bazıları ancak uygun çevresel koşulların varlığı durumunda kendilerini gösterebilmektedir. Bundan da anlaşılacağı üzere; genetiği, çevresel katkı

<sup>18</sup> South, Susan C., Kruger, Robert F., An Interactionist Perspective on Genetic and Environmental Contributions to Personality. **Social and Personality Psychology Compass**, C:2, S:2, s.933; Brass/Haggard, s.9142.

<sup>19</sup> South/Kruger, s.941; Gollwitzer, Peter M., “The Psychology of Action: Linking Cognition and Motivation to Behavior”, **Guilford Press**, 1996, s.11.

olmaksızın her şeyi tek başına belirleyecek bir güç olarak adlandırmak doğru olmayacaktır. Bir tohumun ağaç haline gelmesinde toprak kalitesinin, güneşin ve suyun çok önemli etkileri olduğu gibi, genetiğin açığa çıkışında da çevresel faktörlerin olumlu veya olumsuz etkileri bulunmaktadır. Epigenetik adı verilen bu duruma göre, kişilikle alakalı eylemlerin birçoğu genetik ve çevrenin ortak etkileşimine bağlı olarak zaman içinde açığa çıkmakta ya da ölene kadar gizlenmektedir<sup>20</sup>.

Özetle bir insan fiili, onun biyolojisinden ve çevresinden ayrı ve bağımsız olarak değerlendirilemez. Bu nedenle ceza hukuku bakımından bir eylemi basitçe “doğal” olarak nitelemek, bu eylemi olanaklı kılan biyolojik ve çevresel etkilerin ortak katkısını gözden kaçırmaya ve nihayetinde hatalı yargılamalara sebebiyet verecektir. Dahası suçun nedenlerini tam anlayamamanın, toplumda suçu önleme konusunda önemli yan etkileri de olacaktır. Nitekim kriminoloji bilimi, bu kaygıları gözeterek ilerlemesini sürdürmektedir.

#### **IV. İnsan Biyolojisi Ve Suç İlişkisi**

1956 yılında insan DNA'sının keşfedilmesi, genetik çalışmaların fitilini ateşlemiş, takip eden yıllarda bilim insanları modern tıbbın yönünü genetik temelli tedavilere ve davranış biyolojisindeki hatayı gideren ya da azaltan ilaçların geliştirmesine çevirmiştir. Bütün bu gelişmelere paralel olarak kriminoloji bilimi de, genetik ve suç arasında güçlü ilişkilerin varlığını incelemiştir. Genetik-suç ilişkisini gösteren araştırmaların belki de en önemlisi, genetik olarak Y kromozomu taşıyan insanlarda yani erkeklerde suç oranının daha yüksek olmasıdır. Bu araştırmalara örnek olarak; ABD’de, erkek cinsiyetin kadınlara göre ağır cezayı gerektiren fiilleri işleme oranının, kadınlara göre sekiz kat fazlayken, adam öldürme suçunun on kat, silahla hırsız-

---

<sup>20</sup> Gollwitzer, s.13 vd.

lık suçunun on üç kat ve cinsel saldırı işleme suçunun ise kırk dört kat fazla olduğu görülmüştür<sup>21</sup>.

Genetik ve suç ilişkisinin bir başka örneği, XYY kromozomuna sahip erkeklerdeki suç oranı fazlalığıdır. Normalde insanlar XY (erkek) veya XX (kadın) kromozomu içerirken bazı erkeklerde genetik bir anomali sonucu XYY kromozomu olabilmektedir. Süper erkek sendromu olarak da bilinen bu anomaliye sahip erkeklerde zekâ seviyesinin daha düşük ve hırsızlık ve diğer suç oranlarının da daha fazla olduğu bulunmuştur<sup>22</sup>.

Genetiğin beyin biyolojisi ve suçla olan ilişkisi, beyinde hücreler arası (snaps) etkileşimde rol alan nörotransmitterleri sentezleyen ve yıkan enzim sistemlerindeki bir hata sonucunda da ortaya çıkabilmektedir. Örneğin beyinde sentezlenen seratonin hormonu insanda haz ve mutluluk duygularını uyaran bir kimyasaldır. Seratonin üretiminde rol alan enzim sistemlerindeki hataya bağlı olarak seratoninin azalması psikopati ile ilgili bulunmuştur. Seratonin azalması olan bireylerde saldırganlık ve duygusal uyarıcılara karşı ani ve tepkisel cevap verme davranışları görülmektedir<sup>23</sup>. Benzer şekilde seratoninin artması da saldırganlık davranışlarını uyarmaktadır. Beyinde seratoninini parçalayan enzim olan Mono-amin-oksidad (MOA) enzimini kodlayan gendeki bu değişim bu enzimin aktivitesini düşürerek beyinde seratoninin artmasına neden olabilmektedir. Bu genetik anomali “savaşçı geni” olarak adlandırılmakta ve etkisi özellikle erkeklerde hissedilmektedir. Yüksek seratonin seviyeleri olan erkeklerde anti-sosyallik, saldırganlık ve suça meyilli davranışlar daha sık görülmektedir<sup>24</sup>.

---

<sup>21</sup> Bhismadev, Chakrabarti, Cohen, Simon B., “Genes Related to Autistic Traits and Emphaty”, **From DNA to Social Cognition**, 2011, s.19.

<sup>22</sup> Beirne Piers, Masserschmidt, James W., **Criminology**. Harcourt Brace Collage Publishers,1995, s.478.

<sup>23</sup> Dolu, Osman, **Suç Teorileri**, Global Yayınları, 2015, s.37.

<sup>24</sup> Nick, Craddock, Forty, Liz, “Genetics of Affective (Mood) Disorders”, **European Journal of Human Genetics**, C:14, 2006, s.668.

Beyinde üretilen hormonlar dışında vücudun farklı merkezlerinde üretilip beyne etki eden ve suçla ilgisi bulunan başka hormonlar da bulunmaktadır. Bunlardan insan davranışlarına etki eden en önemlisi ise testosteronudur. Testosteron, insan vücudundaki temel erkeklik hormonudur. Testosteronun insan davranışları üzerinde bilinen etkilerinin başında ise cinsel saldırganlık, şiddet ve antisosyal davranışlar gelmektedir. Yapılan birçok çalışmada testosteron yüksekliği ile yetersiz suçluluğu arasında güçlü bir korelasyon saptanmıştır<sup>25</sup>.

Daha geniş ölçekteki beyin etkinlik araştırmaları hormonal etkilerin yanında suç ve beyin işlevleri arasında da bazı önemli ilişkilerin var olduğunu ortaya koymuştur. Bu bağlamda nörobilimdeki gelişmeler teknolojik ilerlemeleri de yanına alarak kriminolojiye önemli katkılar sağlamıştır. Pozitron emisyon tarama (PET) ve fonksiyonel manyetik rezonans (fMR) insan beynindeki küçük kan akım farklılıklarını tespit ederek çeşitli düşünce ve davranış tiplerinde beynin hangi bölgesinin aktif olarak kullanıldığını tespit edebilmektedir. Nitekim bu yöntemler kullanılarak insanlarda tepkiselliği, korkuyu ve dürtüleri kontrol eden beyin alanları tespit edilmiş ve suça karışmış bireylerde bu alanlar incelenerek olası patolojilerin önemli bir kısmı belirlenebilmiştir. Suça yatkınlık ve suça karışma davranışları ile ilgili saptanmış en önemli beyin bölgesi “amigdala”dır. Amigdala, beynin merkezine yakın bir yerde konumlanmış olan ve boyut olarak küçük bir misket kadar yer kaplayan hücre topluluğudur. Bu hücre topluluğu, sağlıklı insanlarda özellikle korkulu anlarda ve toplumsal fobilerin varlığında yoğun bir etkinlik artışı göstermekte ve kişinin kaçmasına ve kendini savunmasına yönelik davranışları tetiklemektedir. Seri katillerde ve büyük suça karışmış kişilerde ise amigdala normalden küçük ya da normalden çok daha az etkinlik göstermektedir<sup>26</sup>. Buna bağlı olarak kişiler suç işleme esnasında soğukkanlı ve sakin kalabil-

<sup>25</sup> Booth, Alan, Osgood Wayne D., “The Influence of Testosterone on Deviance in Adulthood: Assessing and Explaining the Relationship. **Criminology**. 1993, s.103.

<sup>26</sup> Fallon, James, H., “Neuroanatomical Background to Understanding The Brain of The Young Psychopath”, **Ohio State Journal of Criminal Law**, C:3, 2005, s.341; Günşen İçli, s.83 vd.

mekte ve hatta olan biteni umursamıyormuş gibi görünmeyi de öğrenebilmektedirler.

Amigdala bölgesindeki sorunlar beynin duygusal ve dürtüsel davranışlarını kontrol eden ve bilinç kısmının yer aldığı neokorteksin ön kısmındaki alan olarak ifade edilen “önprefrontal korteks” bölgesindeki etkinlik azalmasıyla beraber olduğunda suça yatkınlık daha da artmaktadır. Bu bireylerin aşırı cinsel faaliyet ve şiddet eğilimi kontrolünü bozmakta ve kişi yaptığı eylemlerin sonucunda anlamlı bir pişmanlık da duymamaktadır. Nitekim toplumda görülen pedofili ve cinsel saldırı suçlarında bu bölgede etkinlik azalısının olduğu gösterilmiştir<sup>27</sup>.

Beynin suça ve/veya suça yatkınlıkla ilgili beyin bölgelerinin etkinlik düzeyleri yalnızca genetik nedenlerle bozulmamaktadır. Bu bölgeler aynı zamanda çevresel etkenler nedeniyle de olumsuz yönde etkilenebilmektedir. Hastalık yapıcı virüs ve bakteri gibi patojenler, anne adayının hamilelik sırasında madde kullanımı, anne stresi ve düşük doğum ağırlığı bu çevresel etkenlerin başlıcalarıdır<sup>28</sup>. Kişinin küçük yaşta cinsel istismara veya şiddete maruz kalması ya da beyin tümörleri ve kafa travmaları gibi ciddi hastalıkların zihinsel gelişimde aksaklıklara neden olması da kişinin ilgili beyin bölgelerinde etkinlik düzeylerini bozabilmektedir<sup>29</sup>. Bu bağlamda kim olduğumuz aslında hangi yollardan geçtiğimize bağlıdır.

---

<sup>27</sup> Terrence, Chorvat, Kevin, McCabe, “The Brain and The Law”, **Philos Trans R Soc Lond B Biol Sci.** C:359, S:1451, Nov. 2004 s.1727; Burns, Jeffrey M., “Swerdlow RH. Right Orbitofrontal Tumor With Pedophilia Symptom and Constructional Apraxia Sign”, **Arch Neurol**, C:60, S:3, 2003, s.430.

<sup>28</sup> Owen D Jones. Law, Evolution and The Brain: Applications and Open Questions, **Philos Trans R Soc Lond B Biol Sci.** C:359, S:1451, Nov. 2004, s.1697; Zimmerman, Matthew, “The Nervous System In The Context of Information Theory. **In Human Physiology**, ed. R. F. Schmidt and G. Thews. Springer, Berlin, 1989, s.170; Demirbaş, s.37.

<sup>29</sup> Silberg, Judy, Rutter Michael, Neale, Michael C., “Genetic Moderation of Environmental Risk for Depression and Anxiety in Adolescent Girls” **Br J Psychiatry**, S:179, 2001, s.120.



## V. Nörobilim ve Genetik Alanında Bilirkişi İncelemesi

Modern ceza muhakemesinde, bilirkişilik kurumu hâkim veya mahkemenin takdirinde, somut olayı değerlendirilmesinde sıkça işletilen ve yardımcı role sahip bir müessesedir. Çözümü uzmanlığı gerektiren özel veya teknik bilgiyi gerektiren konularda adli merciler, bilirkişi atanması yoluna gidebilmektedirler. Özellikle günümüzde nörobilim ve genetik alanındaki gelişmelere paralel olarak hakim veya mahkeme, somut olaya göre bu alanda uzman bilirkişi hekimlerden yararlanmalıdır<sup>30</sup>.

Nörobilim ve genetik alanında başvurulmuş bilirkişi incelemeleri, somut olayda bir delil değerlendirme aracı olabileceği gibi, delil niteliğine sahip bir inceleme de olabilmektedir. Başka bir ifadeyle, bu incelemeler failin suçu işlendiğinin sabit olduğunu gösterebileceği gibi, bu yöndeki bir delilin değerlendirilmesini de sağlayabilecektir<sup>31</sup>.

Hemen ifade edelim ki, genetik ve nörobilim alanında yapılacak bilirkişi incelemesi, ceza muhakemesinin temel ilkelerine uygunluk arz etmelidir. Özellikle bu incelemeler, hukuk devleti ilkesinin bir uzantısı olan “oranlılık ilkesi” ve “delil yasakları” göz önünde bulundurulmuş yapılmalıdır<sup>32</sup>. Burada kişinin sağlığına zarar verme tehlikesinin bulunmaması, elde edilecek sonuçla çekilecek meşakkat arasında bir makul oranın bulunması hususu öncelikle gözetilmesi gerekmektedir<sup>33</sup>. Kanaatimizce genetik ve nörobilim alanındaki bilirkişi incelemeleri, sınırlı ve dar tutulmalıdır. Özellikle adam öldürme, işkence ve cinsel saldırı gibi haksızlık muhtevası yüksek suçlarda veya sadece ağır ceza mahkemelerinin görev alanına giren suçlarla sınırlı olarak hâkim veya mahkemenin takdirine bırakılmalıdır. Dolayısıyla hâkim veya mahkeme, bu incelemeyi, her şüpheli vakiada başvuracak bir yöntem olarak değil, ancak bu uzmanlıkla çözülebilecek maddi

<sup>30</sup> Benzer açıklamalar için bkz: Şahin/Göktürk, s.70.

<sup>31</sup> Özbek, Veli Özer, Doğan, Koray, Bacaksız, Pınar, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2020, s.655.

<sup>32</sup> Özbek/Doğan/Bacaksız, s.48 vd; Şahin, Göktürk, s.60 vd.

<sup>33</sup> Ertuğrul, Hüseyin, “Ceza Muhakemesinde Katlanma Yükümlülüğü”, **Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C: XII, S: 1-2, 2008, s. 689.

vakıalarda, ceza muhakemesinin temel ilkeleri gözetilerek delilleri değerlendirmeyi veya delil elde etmeyi mümkün görerek tercih etmelidir.

Hazırlanacak bilirkişi raporunun iki önemli fonksiyonu bulunmaktadır. Bunlar, mevcut delilleri değerlendirme açısından işlenen suçun sübut bulmasını sağlanması ve failin kusur derecesini ortaya koyabilmesidir. Bu fonksiyonların icrası için, farklı alanlarda müte-hassıs bir heyetin teşekkülü de zorunlu olabilmektedir. Kanaatimizce, failin kusur derecesini ve verilecek cezanın niteliğini ve süresini ortaya koymak için, öncelikle genetik ve nörobilim sahasında uzman hekimlerin ve somut olaya göre sosyologların ve kriminoloji uzmanlarının retrospektif bir araştırma yaparak suç-genetik-çevre ilişkisini nesnel olarak ortaya koyan bir algoritma ve bir şablon ortaya koymalıdır<sup>34</sup>. Ancak bu çalışma tamamlandıktan sonra, bilirkişi/bilirkişi heyeti kişisel görüşünü mahkemeye sunabilir. Bu çalışmaların ışığı olmadan bir bilirkişi raporu, cezanın ideal mahiyetini bulmasına yeterli katkıyı sunmayacağı kanaatindeyiz.

## **VI. Sonuç**

Ceza muhakemesinin sağlıklı bir şekilde sonuçlandırılabilmesi için, beyan, belge dışındaki delillerin, özellikle belirtilerin anlamlandırılması önem arz etmektedir. Hukuk bilgisinin veya genel bilginin yetmediği durumlarda uzman yardımına başvurmak gerekmektedir ki, günümüz ceza muhakemesi sisteminde bu ihtiyaç, bilirkişi marifetiyle karşılanmaktadır. Özellikle modern tıp bilimi verilerinden istifade edilmesi somut olaydaki belirtilerin anlamlandırılması açısından fayda sağlayacaktır. Bunun için nörobilim, genetik, kriminoloji, sosyoloji ve ceza hukuku arasındaki iletişim ve iş birliğinin daha sağlıklı ve sıkı bir şekilde yürütülmesini gerekli kılmaktadır.

---

<sup>34</sup> Faigman, David L., "Is Science Different for Lawyers?" **Science and The Law**, C:297, S:5580, Jull 2002, s.340; Günşen İçli, s.93 vd.

Modern ceza muhakemesinde, maddi gerçeğin ‘her ne pahasına olursa olsun araştırılması’ ilkesi terk edilmiş, yerine “delil yasakları” ve “oranlılık ilkesi” gereği bazı sınırlar getirilmiştir. Ancak bu sınırlar çerçevesinde, hâkim veya mahkemenin takdirleriyle çalışmada savunulan şekilde bir bilirkişi incelemesi yaptırılmalıdır. Böylelikle sanığın ceza muhakemesi işlemlerine katlanmak durumunda olmasından bahsetmek mümkün olacaktır. Aksi halde, her şüpheli durumda sanığın muhatap kalacağı bir inceleme olması, ceza muhakemesinin temel ilkelerine ve başta hukuk devleti ilkesine aykırı olacağı kanaatindeyiz.

Çalışmada ifade edildiği üzere suç ve biyoloji arasında yakın bir ilişki vardır. Genetik, çevre, beslenme, hastalıklar ve travmalar insan davranışlarını değiştirebilmektedirler<sup>35</sup>. Bununla birlikte, genetik ve suç ilişkisini inceleyen araştırmalar tüm suç tipleri için belirli birtakım biyolojik algoritmalar saptayabilmiş değildir. Suça etki eden faktörlerin biyolojisi çok karmaşık bir ağ oluşturmakta ve bu da biyolojik temelli suç önleme tedavileri konusunda daha çok araştırılma yapılmasını gerektirmektedir<sup>36</sup>. Buna paralel olarak çevre ve suç ilişkisi de daha detaylı irdelenmelidir. Şiddete maruz kalarak büyüyen, zaten suç işleyen bir çevrede yetişen kişilerin suça meylinin arttığı bilinmektedir. Dolayısıyla bundan sonra yapılacak suç araştırmalarının hem biyoloji hem de çevreyi içine alan bir kuram bütünü içinde oluşturulması zaruridir<sup>37</sup>. Bunun için ilk olarak genetik ve/veya nörobilim alanlarında uzman bir hekim, sosyolog, kriminolog ve ceza hukukçularından oluşan bir ekibin retrospektif olarak suçları, failin biyolojisini ve çevresini incelemesi ve buradan elde ettikleri sonuçları prospektif çalışmalarla da doğrulaması gerekmektedir. Ancak bu şekilde ortaya çıkacak bir taslağın, suçun manevi unsurlarını ve suçlulara verilecek cezanın taşınması gereken niteliklerini daha iyi anlamamızı sağlayabilecektir.

Umulan ve ihtiyaç duyulan odur ki, gelecekte ceza hukuk sistemi genetik, nörobiyoloji ve sosyoloji temelinde suçun biyo-sosyal neden-

---

<sup>35</sup> Jones, s.1697.

<sup>36</sup> Faigman, s.340.

<sup>37</sup> Terrence, s.1727.

lerini daha iyi anlayacak ve olası suç işleme potansiyelini daha iyi saptayacak ve böylelikle cezaların daha akılcı ve delile dayalı biçimde verilmesi için sağlam bir zemin oluşturacaktır. Buna göre örneğin eğer kişinin “değişim” kapasitesi yüksekse rehabilite edici cezalar, düşükse toplumdan uzak tutacak veya etkisiz hale getirilecek cezalar düşünülebilir. Diğer yandan, suç işleme koşulları ve biyolojik karar alma mekanizmaları birçok etkene bağlıdır. Dolayısıyla hiçbir zaman kimin yeniden suç işleyebileceği kesin olarak tahmin edilemeyecektir. Öte yandan bu durum söz konusu bilimsel şablonların oluşturulmasına ve özel durumlarda denenmesine hiçbir şekilde engel değildir.

Sonuç olarak gelecekteki hukuk sisteminin insan biyolojisiyle uyumlu ve dahası kanunların kişisel çevre özelliklerini de dikkate aldığı ve kişinin iyi yönde değiştirilmesine imkân tanıdığı yeni bir modeli barındırması gerekmektedir. Buna göre bundan sonra yapılacak tıp bilimi eksenli suç araştırmaları çevreyi de hesaba katarak multidisipliner bir şekilde yürütülmelidir. Dahası suçu önleme politikaları cezayı merkeze alarak değil, insan biyolojisinin değiştirilebilir özelliğini hesaba katarak geliştirilmelidir. Unutulmamalıdır ki cezanın üstün amacı ve mutlak adalet ideali ancak bu durumlara uygun bir paradigma değişikliği ile mümkün olabilecektir.

## **KAYNAKÇA**

- Aristoteles, **Nikomakhos’a Etik**, Çev: Furkan Akderin, Bilgesu Yayınları, Ankara, 2007.
- Artuk, M. Emin, “Güvenlik Tedbirleri”, **Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C:XII, S:1-2, 2008, s.461.
- Aydın, Devrim, “Ceza Hukukunda Okullar”, **Ceza Hukuku Dergisi**, S:15, Nisan, 2011.
- Beirne Piers, Masserschmidt, James W., **Criminology**, Harcourt Brace Collage Publishers, 1995.

- Bhismadev, Chakrabarti., Cohen, Simon B., “Genes Related to Autistic Traits and Emphaty”, **From DNA to Social Cognition**, 2011, s.19-36.
- Booth, Alan, Osgood Wayne D., “The Influence of Testosterone on Deviance in Adulthood: Assessing and Explaining The Relationship”, **Criminology**, 1993: s.102-103.
- Brass, Marcell, Haggard Patrick, “To Do or Not To Do: The Neural Signature of Self-control”. **J. Neurosci**, S:27, 2007, s.9141-9145.
- Burns, Jeffrey M., “Swerdlow RH. Right Orbitofrontal Tumor with Pedophilia Symptom and Constructional Apraxia Sign”, **Arch Neurol**, C:60, S:3, 2003, s.437 vd.
- Canpolat, Can, Ceza Muhakemesi Hukukunun Amacı, **ERÜHFD**, C:XV, S:2, 2020, s.451-499.
- Demirbaş, Timur, **Kriminoloji**, 7. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2020.
- Dolu, Osman, **Suç Teorileri**, Global Yayınları, 2015.
- Dönmezer, Sulhi, Erman, Sahir, **Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku**, 12. Baskı, Der Yayınları, 2016.
- Elizabeth, Wilson, “Beyond The Rock: Post-Enlightenment Torture”, **New England, Journal on Criminal&Civil Confinement**, Winter, 2013, C:39, S:1, s.41.
- Ertuğrul, Hüseyin, “Ceza Muhakemesinde Katlanma Yükümlülüğü”, **Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C: XII, S: 1-2, 2008, s. 689.
- Fallon, James H., “Neuroanatomical Background to Understanding The Brain of The Young Psychopath”, **Ohio State Journal of Criminal Law**, C:3. 2005, s.341 vd.
- Fletcher, George P., “The Grammar of Criminal Law”, **Oxford U. Press**, C:1, New York, 2007.

- Faigman, David L., Is Science Different for Lawyers? **Science and The Law**, C:297, S:5580, Jull 2002, s.339-340.
- Gedik, Doğan, “Ceza Muhakemesinde Hakimın Delilleri Değerlendirme Serbestliği (Cmk M.217)”, **D.E.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi**, Prof. Dr. Durmuş TEZCAN'a Armağan, C:21, Özel Sayı, 2019, s.913-963.
- Gollwitzer, Peter, M., “The Psychology of Action: Linking Cognition and Motivation to Behavior”. Guilford Press; 1996.
- Gökçen, Ahmet, Çakır, Kerim, “Ceza Muhakemesinde Delil, Delillerin Muhafazası, Toplanması, Değerlendirilmesi ve Delil Yasakları”, **D.E.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi**, Prof. Dr. Durmuş TEZCAN'a Armağan, C:21, Özel Sayı, 2019, s.2911-2951.
- Günşen İçli, Tülin, **Kriminoloji**, 10. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019.
- Johnson, Herbert A., Wolfe, Nancy T., Mark, Jones, **History of Criminal Justice**, 4. Edition, Lexis Nexis, USA, 2008.
- Koca, Mahmut, Üzülmöz, İlhan, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Seçkin Yayınları, Ankara, 2020.
- Küçüktaşdemir, Özgür, **Türk Ceza Hukukunda Maddi ve Manevi Cebir**, Seçkin Yayınları, 2012.
- Lacey, Nicola, “Responsibility and Modernity in Criminal Law”, **The Journal of Political Philosophy**, C:9, S:3, 2001.
- Nick, Craddock, Forty, Liz, “Genetics of Affective (Mood) Disorders”, **European Journal of Human Genetics**, 2006; S:14, s.660-668.
- Owen D Jones. Law, “Evolution and The Brain: Applications and Open Questions”, **Philos Trans R Soc Lond B Biol Sci**. C:359, S:1451, Nov. 2004, s.1697-1707.
- Özen, Mustafa, Hafizoğulları, Zeki, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, US-A Yayınevi, Ankara, 2018.

Özbek, Veli Özer, Doğan, Koray, Bacaksız, Pınar, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2020.

Özgenç, İzzet, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Seçkin Yayınları, Ankara, 2020.

Silberg, Judy, Rutter Michael, Neale Michael C., “Genetic moderation of environmental risk for depression and anxiety in adolescent girls” **Br. J. Psychiatry**, S:179, 2001, s.116-210.

Sokullu Akıncı, Fusun, **Kriminoloji**, 10. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul, 2013.

South, Susan C., Kruger, Robert F., “An Interactionist Perspective on Genetic and Environmental Contributions to Personality”. **Social and Personality Psychology Compass**, C:2, S:2, s.929-948.

Şahin, Cumhuriyet, Göktürk, Neslihan, **Ceza Muhakemesi Hukuku II**, Seçkin Yayınları, Ankara, 2020.

Terrence, Chorvat, Kevin, McCabe. “The Brain and The Law”, **Philos Trans R Soc Lond B Biol Sci**. C:359, S:1451, Nov. 2004 s.1727-1736.

Zimmerman, Matthew, “The Nervous System in The Context of Information Theory”, **In Human Physiology**, ed. R. F. Schmidt and G. Thews. Springer, Berlin, 1989, s.166-173.

**Hakemli Makale**

## **SOSYAL DEVLET İLKESİNİN GEREĞİ OLARAK KAMUDA İSTİHDAM ZORUNLULUĞU**

*Compulsory Employment in Public as a Requirement of Social State  
Principle*

**Doç. Dr. F. Ebru GÜNDÜZ\***

**Dr. Öğr. Üyesi M. Özge ÇEBİ BUĞDAYCI\*\***

### **ÖZET**

Sosyal devlet ilkesinin bir gereği olarak devletin asli görevlerinden biri sosyal adaleti sağlamaktır. Devlet bu görevini gerçekleştirmek için sosyal ve ekonomik hayata müdahale ederek, çalışma hakkı gibi Anayasal olarak herkesin sahip olduğu bir hakkın kullanılmasını kolaylaştırıcı tedbirler alabilir. Özellikle toplumsal olarak korunması gereken bazı kesimler için Devletin zorunlu istihdam politikaları yürütmesi, sosyal adaletin sağlanmasında pozitif ayrımcılık uygulamalarına önemli bir örnek teşkil eder. Türk hukukunda zorunlu istihdam politikasından yararlanabilen hassas kesimler; engelliler, sosyal hizmet modellerinden yararlanan kişiler, eski hükümlüler, terörle müca-

---

\* Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku Anabilim Dalı, ORCID ID: 0000-0002-7721-9444, E-mail: fegunduz@ybu.edu.tr

\* Jandarma ve Sahil Güvenlik Akademisi, Jandarma ve Sahil Güvenlik Fakültesi, Hukuk Bilimleri Bölümü, ORCID-ID: 0000-0002-7011-5319, E-mail: melikeozge.cebibugdayci@jsga.edu.tr



delede malul sayılanlar ve/veya yakınları ile hayatını kaybedenlerin yakınları ve terörle mücadelede malul sayılmayacak şekilde yaralananlar olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu kapsama giren kişiler, zorunlu istihdam politikasının bir gereği olarak özel sektörde veya ekseriyetle kamuda istihdam hakkından yararlanabilmektedirler. Bu kişilerin, kamuda istihdamı için aranan koşullar ise, kamu personel rejiminin genel çerçevesinden farklı özellikler arz etmekte; söz konusu kesimin istihdamı için birtakım kolaylıklar devlet eliyle getirilmektedir.

**Anahtar Kelimeler:** Zorunlu İstihdam, Kamuda İstihdam, Sosyal Devlet, Sosyal Adalet, Pozitif Ayrımcılık

### **ABSTRACT**

As a requirement of social state principle, one of the primary duties of the State is providing social justice. The State can take measures to facilitate the exercising of the rights, such as the right to work, by intervening in social and economic life to fulfill this duty. The State's compulsory employment policies, especially for those who need to be socially protected, set a precedent of positive discrimination practices in ensuring social justice. In Turkish law, people who can benefit from compulsory employment policy are, disabled people, people who benefit from social service models, ex-convicts, people who are considered disabled in the fight against terrorism and/or their relatives, relatives of those who lost their lives and people who are injured without disability during fight against terrorism. These groups can benefit from employment opportunities in private sector or in public as a requirement of the compulsory employment policy. The conditions required for this type of employment in public are different from the general framework of the public personnel regime and some facilities for the mentioned groups are brought by the State.

**Keywords:** Compulsory Employment, Public Employment, Social State, Social Justice, Positive Discrimination

## GİRİŞ

Anayasa'nın "Devletin temel amaç ve görevleri" başlıklı 5. maddesinde; kişinin ve toplumun refah, huzur ve mutluluğunun sağlanması, insanın maddi ve manevi varlığının gelişmesi için gerekli şartların hazırlanması, Devletin görevleri arasında sayılmıştır<sup>1</sup>. Bu doğrultuda Anayasa'nın pek çok maddesinde sosyal ve ekonomik haklar yer almaktadır. İşte Anayasa'da düzenlenmiş olan veya Anayasa'da öngörülmemiş olsa dahi bu kapsam içerisinde kabul edilen tüm hakların vatandaşlara sağlanması, Devletin sosyal ve ekonomik hayata aktif müdahalesi ile mümkün olabilmektedir. Vatandaşlarına insan onuruna yakışır bir hayat seviyesi sağlamayı garanti eden, sosyal barışı ve sosyal adaleti sağlamak için devletin, sosyal ve ekonomik hayata aktif olarak katılımına izin veren, bazı hallerde de bunu zorunlu kılan devlet anlayışı "Sosyal Devlet İlkesi" olarak karşımıza çıkmaktadır. 1961 Anayasası'nın getirmiş olduğu yeniliklerden biri olan sosyal devlet ilkesi, 1982 Anayasası'nda da Cumhuriyetin niteliklerinin düzenlendiği 2. maddesinde Türkiye Cumhuriyeti "...sosyal bir hukuk Devletidir" ifadesiyle hüküm altına alınmıştır.

Aynı zamanda "hukuk devleti ilkesinin tamamlayıcı parçası"<sup>2</sup> olarak kabul edilen sosyal devlette, Devlet tarafından gerçekleştirilmesi gereken bazı hedefler vardır. Bu hedeflerden biri olan sosyal adaletin gerçekleştirilmesi; toplumun bir üyesi olan bireyin imkân ve fırsat eşitliği ilkesine uygun olarak temel hak ve hürriyetlere sahip olabilmesidir<sup>3</sup>. Anayasa'nın başlangıç kısmında da "Her Türk vatandaşının

<sup>1</sup> Benzer bir hüküm Anayasa'nın başlangıç kısmının 6. paragrafında da yer almaktadır. "Her Türk vatandaşının bu Anayasadaki temel hak ve hürriyetlerden eşitlik ve sosyal adalet gereklerince yararlanarak milli kültür, medeniyet ve hukuk düzeni içinde onurlu bir hayat sürdürme ve maddi ve manevi varlığını bu yönde geliştirme hak ve yetkisine doğuştan sahip olduğu."

<sup>2</sup> AKYILMAZ, Bahtiyar/SEZGİNER, Murat/KAYA, Cemil: *Türk İdare Hukuku*, 11. Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara, 2019, s.123.

<sup>3</sup> En sade anlatımla sosyal adalet, "Nimet ve külfetlerin toplumda eşit şekilde dağıtılması, toplumda herkesin hakça bir paylaşım olduğu konusunda genel bir kanaatin bulunmasıdır." SUNAL, Onur: "Sosyal Politika: Sosyal Adalet Açısından Kuramsal Bir Değerlendirme", *Ankara Üniversitesi SBF Dergisi*, 2011, Cilt 66, No 3, s. 286; "Sosyal adalet denilen toplumsal değer, farklı kurum ve inançlara sahip olan her toplumda farklı biçimlerde tezahür etmektedir." ÇEBİ, Sezgin Seymen: *Sosyal Ada-*

*bu Anayasadaki temel hak ve hürriyetlerden eşitlik ve sosyal Adalet gereklerince yararlanarak onurlu bir hayat sürdürme ve maddi ve manevi varlığını bu yönde geliştirme hak ve yetkisine doğuştan sahip olduğu” belirtilerek, bu yönde Devlete de bir yükümlülük getirilmiştir.*

Sosyal adalet ilkesinin gerçekleştirilmesi için bireylerin sosyal ve ekonomik hak ve hürriyetlere sahip olması gerekir. Tüm bireylere bu hak ve hürriyetlerin sağlanabilmesi için de Devletin sosyal ve ekonomik hayata aktif müdahalesi zorunludur.

Sosyal ve ekonomik hak ve hürriyetlerden biri olan çalışma hakkından toplumdaki her kesimin faydalanabilmesi için Devlet, bazı kesimler için özel sektörde veya kamuda bazı kesimler için de hem özel sektörde hem de kamuda istihdam zorunluluğu getirmiştir. Devletin bu müdahalesi aynı zamanda Anayasa'nın 10. maddesi ile meşrulaştırılmış olan pozitif ayrımcılığın da bir gereğidir.

Kamuda istihdam zorunluluğu getirilen kesimler; terörle mücadele kapsamında malul sayılanlar ve/veya yakınları ile hayatını kaybedenlerin yakınları, terörle mücadelede malul sayılmayacak şekilde yaralananlar, engelliler, sosyal hizmet modellerinden yararlanan kişiler ve eski hükümlülerdir.

Kamuda istihdam zorunluluğu bulunan bu kesimlerin her biri için ayrı bir yasal düzenleme ve alt düzenleyici metinler bulunmakla beraber; bu konuya ilişkin toplu bir çalışmanın bulunmamaktadır. Bu eksikliğin tespiti üzerine, konuya ilişkin hukuki düzenlemeleri ve yargı kararlarına yansımış uygulamaya ilişkin problemleri, istihdam zorunluluğu getirilen bu kesimlere ilişkin düzenlemelerdeki farklılıkları bu çalışmada ele almaya çalıştık. Konunun niteliği gereği çok fazla mevzuat hükmü olduğu için bu düzenlemelere mümkün olduğunca dipnotta yer verilerek konu bir bütünlük içerisinde ele alınmaya çalışılmıştır.

---

let-Tarihsel ve Kuramsal Bir Bakış, 1. Baskı, *On İki Levha*, İstanbul, Ekim 2012, s. 523; Sosyal Adalet kavramı üzerine daha geniş inceleme için bkz. ÇEBİ, Sosyal Adalet.

## **I. SOSYAL ADALETİN GERÇEKLEŞTİRİLMESİNİN BİR ARACI OLARAK DEVLETİN ZORUNLU İSTİHDAM POLİTİKASI**

### **A. Sosyal Devlet İlkesi**

Vatandaşlarına insan onuruna yakışır bir hayat sunmayı garanti eden, bireyler arasında fırsat eşitliği yaratan, bireylerin kişiliklerinin hukuki güven ve adalet ortamında gelişmesini sağlayan devlet olarak tanımlanan<sup>4</sup> sosyal devlet ilkesi, Anayasa'nın 2. maddesinde Devletin nitelikleri arasında sayılmıştır. Aynı zamanda Anayasa'nın 5. maddesinde, kişinin temel hak ve hürriyetlerini sosyal hukuk devleti ve sosyal adalet ilkeleriyle bağdaşmayacak şekilde sınırlayan siyasal, ekonomik ve sosyal engelleri kaldırmak, insanın maddi ve manevi varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlamak devletin temel amaç ve görevleri arasında sayılmıştır.

Devletin görevlerini savunma, güvenlik ve adalet hizmetleri ile sınırlı gören 19. yüzyılın jandarma devlet anlayışının tersi olarak kabul edilen sosyal devlette<sup>5</sup>, devlet tarafından sosyal ve ekonomik hayata müdahale edilerek, sınıf çatışmaları azaltılıp milli bütünleşme sağlanmaya çalışılmaktadır<sup>6</sup>.

Anayasa Mahkemesi tarafından kararlarında vurgulandığı gibi "*Sosyal Devlet ilkesi, hukuk devleti ilkesine koşuttur.*"<sup>7</sup>. Dolayısıyla, hukuk devleti ve sosyal devlet ilkeleri birbirini tamamlayan ilkelerdir.

<sup>4</sup> AKYILMAZ/SEZGİNER/KAYA, s.124.

<sup>5</sup> ÖZBUDUN, Ergun: *Türk Anayasa Hukuku*, 17. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2017, s.140; GÖZLER, Kemal: *Türk Anayasa Hukuku Dersleri*, Güncelleştirilmiş 13. Baskı, Ekin Yayınları, Bursa, 2012, s. 74.

<sup>6</sup> ÖZBUDUN, s.141; "*Özünde bir liberal devlet modeli olan sosyal devlet, liberal devlet anlayışının siyasal ve sosyo-ekonomik yapısı ile hak ve özgürlük, eşitlik ve mülkiyet anlayışlarını korumuş, ancak yirminci yüzyılın ikinci yarısından itibaren değişen ve gelişen sosyal ekonomik koşullar ile bu yapı içerisinde birtakım değişiklikler yapmıştır.*" GÖZE, Ayferi: *Liberal Marxiste Faşist Nasyonel Sosyalist ve Sosyal Devlet*, Genişletilmiş-Gözden Geçirilmiş 4. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul, 2005, s.143.

<sup>7</sup> AYM, 27.09.1967, E.1963/336, K.1967/29, <https://www.anayasa.gov.tr/tr/kararlar-bilgi-bankasi>, E.T.:07.07.2020.

## B. Sosyal Devlet İlkesinin Bir Hedefi Olarak Sosyal Adalet

Sosyal devlet ilkesinin gerçekleştirilmesi için Devlet tarafından hayata geçirilmesi gereken bazı hedefler vardır. Bu hedeflerin sayısını arttırmak mümkün olmakla beraber başlıcaları; kalkınma ve ulusal geliri artırmak<sup>8</sup>, özgürlüklerin gerçekleşmesi için maddi olanak sağlamak ve bu özgürlükleri güvence altına almak<sup>9</sup>, bireylerin sosyal güvenliğini<sup>10</sup> ve sosyal adaleti sağlamak<sup>11</sup> olarak sıralanabilir. Devlet, bu hedeflerini gerçekleştirmek için aktif olarak faaliyetlerde bulunmalı ve bu hedeflere uygun etkili yöntemler kullanmalıdır.

Sosyal devlet ilkesinin bu hedeflerinden biri olan sosyal adaletin gerçekleştirilmesi; herkesin milli gelirden adil bir pay alması<sup>12</sup>, toplumdaki yoksul, zayıf, güçsüz ve engelli kişiler için koruyucu tedbirler alınması ve böylece sosyal ve ekonomik koşullardaki eşitsizliğin giderilmesine çalışılması şeklinde anlaşılmalıdır<sup>13</sup>. Bir diğer ifade ile sosyal adalet bir paylaşırma ilkesidir<sup>14</sup>. Sosyal adalet kavramı ile herkesin mutlak eşitlik içerisinde olması kastedilmemekte, aksine toplumdaki ekonomik dengesizliklerin mümkün olduğu kadar giderilmesinin ve toplumdaki güçsüz kabul edilen kesimin daha fazla korunmasının gerektiği anlatılmak istenmektedir<sup>15</sup>. Bu anlamda sosyal devlet ilkesi,

<sup>8</sup> GÖZÜBÜYÜK, A. Şeref: *Anayasa Hukuku*, Turhan Kitabevi, Ankara, 2010, s.162; RUHİ, M. Emin: *1982 Anayasası Çerçevesinde Sosyal Devlet ve Özelleştirme*, 1. Baskı, Nobel Yayınevi, Ankara, 2003, s.56.

<sup>9</sup> GÖZÜBÜYÜK, s.164; AKYILMAZ/SEZGİNER/KAYA, s.125.

<sup>10</sup> GÖZÜBÜYÜK, s.164; AKYILMAZ/SEZGİNER/KAYA, s.125.

<sup>11</sup> RUHİ, s.63.

<sup>12</sup> RUHİ, s.63.

<sup>13</sup> AKYILMAZ/SEZGİNER/KAYA, s.127. Anayasa Mahkemesi de bir kararında; sosyal devletin amaçlarından birinin, "kısmen ya da tamamen çalışamamaları nedeniyle gelir kaybına uğrayarak muhtaç duruma düşebileceklere, insan onuruna yaraşır asgarî bir hayat sürmeleri için gerekli olan geliri sağlamak" olduğunu ifade etmiş, bu şekilde toplumdaki ekonomik eşitsizliklerin azaltılarak sosyal adaletin temininin mümkün olduğunu vurgulamıştır. AYM, T. 11.03.2003, E. 2001/351, K. 2003/10, <https://www.anayasa.gov.tr/tr/kararlar-bilgi-bankasi>, E.T.: 10.07.2020.

<sup>14</sup> İZGİ, Ömer-GÖREN, Zafer: *Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Yorumu*, 1. Baskı, TBMM Basımevi, Ankara 2002, s.49.

<sup>15</sup> AKYILMAZ/SEZGİNER/KAYA, s.158; RUHİ, s.64-65.

mutlak eşitlik ilkesinden ziyade, imkân ve fırsat eşitliğini kabul etmektedir<sup>16</sup>.

Sosyal devlet ilkesinin de bir gereği olan eşitliğin sağlanması, Anayasa'nın 10. maddesi<sup>17</sup> ile açıkça Devletin yükümlülükleri arasında sayılmıştır. Bu madde ile öncelikle herkesin dil, ırk, cinsiyet gibi unsurlarla ayırım gözetilmeksizin eşit olduğu belirtilmiş; ikinci fıkrasında kadın ve erkeklerin eşit olduğu ifade edildikten sonra üçüncü fıkrasında; çocuklar, yaşlılar, özürllüer, harp ve vazife şehitlerinin dul ve yetimleri ile malul ve gaziler için alınacak tedbirlerin eşitlik ilkesine aykırı sayılamayacağı vurgulanmıştır. Bu düzenleme ile toplumdaki bazı kesimlere birtakım ayrıcalıklar tanınabileceği hüküm altına alınmıştır. Bu düzenlemeler, *"toplumdaki diğer kişiler ile eşit koşullarda yaşamadığı düşünülen belli gruplara çeşitli ayrıcalıklar tanıyarak onları destekleme"*<sup>18</sup> olarak tanımlanan pozitif ayrımcılığın, Anayasal hükümlerle ifade edilmiştir. Belirtelim ki, sunulan bu ayrıcalıklar, sosyal devlet ilkesi tarafından kabul edilen imkân ve fırsat eşitliğinin bir gereğidir.

Bahsetmiş olduğumuz bu imkân ve fırsat eşitliğini sağlayabilmek için devlet birtakım sosyal politikalardan faydalanmaktadır. Sosyal politikalar, devletin dezavantajlı grupların şartlarını iyileştirerek toplumdaki eşitsizlikleri gidermek amacıyla gerçekleştirdiği müdaha-

<sup>16</sup> AKYILMAZ/SEZGİNER/KAYA, s.127.

<sup>17</sup> Anayasa Madde 10- Kanun önünde eşitlik: *"Herkes, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir.*

*(Ek fıkra: 7/5/2004-5170/1 md.) Kadınlar ve erkekler eşit haklara sahiptir. Devlet, bu eşitliğin yaşama geçmesini sağlamakla yükümlüdür. (Ek cümle: 7/5/2010-5982/1 md.) Bu maksatla alınacak tedbirler eşitlik ilkesine aykırı olarak yorumlanamaz.*

*(Ek fıkra: 7/5/2010-5982/1 md.) Çocuklar, yaşlılar, özürllüer, harp ve vazife şehitlerinin dul ve yetimleri ile malul ve gaziler için alınacak tedbirler eşitlik ilkesine aykırı sayılmaz.*

*Hiçbir kişiye, aileye, zümreye veya sınıfa imtiyaz tanınamaz.*

*Devlet organları ve idare makamları bütün işlemlerinde (...) kanun önünde eşitlik ilkesine uygun olarak hareket etmek zorundadırlar."*

<sup>18</sup> Türk Dil Kurumu Güncel Türkçe Sözlük, <https://sozluk.gov.tr>. E.T.:10.07.2020.

leler anlamına gelmektedir<sup>19</sup>. Devlet tarafından uygulanan sosyal politikalar sayesinde yaşlılar, engelliler, eski hükümlüler, kadınlar, çocuklar gibi korunması gereken gruplar için özel uygulamalar geliştirilebilecektir<sup>20</sup>.

### C. Çalışma Hakkı ve Zorunlu İstihdam

Sosyal devlet anlayışının bir diğer gereği aynı zamanda da hedefi, sosyal politikalar aracılığıyla sosyal ve ekonomik hak ve hürriyetlerin güvence altına alınmasıdır. Sosyal ve ekonomik hak ve hürriyetlerin sağlanması aynı zamanda sosyal adaletin gerçekleştirilmesinin de bir aracıdır. Sosyal devlet ilkesinin getirdiği bir yenilik olan sosyal ve ekonomik hak ve hürriyetler, Anayasa'nın 41 ila 65. maddeleri arasında düzenlenmiştir.

Sosyal adaletin gerçekleştirilmesi için devlet tarafından sağlanması gereken sosyal ve ekonomik hak ve hürriyetlerden biri, çalışma hakkıdır. Anayasa'nın 49. maddesinde çalışma hakkının sağlanması, Devlete görev olarak yüklenmiştir. 49. maddede öncelikle çalışmanın, herkesin hakkı ve ödevi olduğu düzenlenmiş; daha sonra da Devletin, çalışanların hayat seviyesini yükseltmek, çalışma hayatını geliştirmek için çalışanları ve işsizleri korumak, çalışmayı desteklemek, işsizliği önlemeye elverişli ekonomik bir ortam yaratmak ve çalışma barışını sağlamak için gerekli tedbirleri alacağı ifade edilmiştir<sup>21</sup>.

<sup>19</sup> ERSÖZ, Halis Yunus, Sosyal Politika, 2010, s. 8, [http://auzefkitap.istanbul.edu.tr/kitap/sosyalhizmetler\\_ao/sosyalpolitika.pdf](http://auzefkitap.istanbul.edu.tr/kitap/sosyalhizmetler_ao/sosyalpolitika.pdf), E.T: 28.03.2021.

<sup>20</sup> ERSÖZ, s.13.

<sup>21</sup> Danıştay da bir kararında; "Anayasa'nın 2. maddesinde, Türkiye Cumhuriyeti'nin sosyal bir hukuk devleti olduğu belirtilmiştir. Bu maddede belirtilen sosyal hukuk devleti, temel hak ve özgürlükleri en geniş ölçüde gerçekleştiren ve güvence altına alan, toplumsal gerekleri ve toplum yararını gözeten, kişi ve toplum yararı arasında denge kuran, toplumsal dayanışmayı en üst düzeyde gerçekleştiren, güçsüzleri güçlülere karşı koruyarak eşitliği, sosyal adaleti sağlayan, çalışma hayatının gelişmesi için önlemler alarak çalışanları koruyan, sosyal güvenlik sorunlarını çözmeyi yüklenmiş, ülkenin kalkınmasıyla birlikte ulusal gelirin sosyal katmanlar arasında adaletli biçimde sağlanmasını amaç edinmiş devlettir. Güçsüzleri güçlülere ezdirmemek ilkesi, herkesi, bu arada çalışanları, emeklilerle yaşlıları, durumlarına uygun düzenlemelerle, sağlıklı, mutlu ve güven içinde yaşatmayı gerektirir." diyerek top-

Daha önce de ifade ettiğimiz gibi gerçek anlamda eşitliğin sağlanabilmesi, Devletin ekonomik hayata aktif müdahalesini zorunlu kılmaktadır. Özellikle Anayasa'nın 49. maddesinde ifade edildiği gibi herkes için çalışma hakkının hayata geçirilebilmesi ancak Devletin bazı kesimlerin istihdamında aktif rol oynaması ile mümkün olabilmektedir. Bu doğrultuda Devlet tarafından alınacak olan tedbirler de Anayasa'nın 10. maddesi gereğince eşitlik ilkesine aykırı olmayacak; aksine eşitlik ilkesinin bir gereği olarak kabulü zorunlu olacaktır.

Bununla beraber Anayasa'nın sosyal devlet ilkesini de kapsayan 2. maddesi, pozitif ayrımcılığı kabul eden 10. maddesi ve herkese çalışma hakkı tanıyan 49. maddesi, toplumdaki bazı kesimlerin istihdamına ilişkin ayrı düzenlemeler yapılması için yeterli hukuki dayanaklardır. Bununla birlikte bizzat Anayasa'nın bazı maddeleri ile ayrıca korunması gereken bazı gruplara ilişkin özel düzenlemeler getirilmiştir. Anayasa'nın 61. maddesindeki, *“Devlet harp ve vazife şehitlerinin dul ve yetimleriyle, malül ve gazileri korur ve toplumda kendilerine yaraysın bir hayat seviyesi sağlar. Devlet, sakatların korunmalarını ve toplum hayatına intibaklarını sağlayıcı tedbirleri alır... Devlet, korunmaya muhtaç çocukların topluma kazandırılması için her türlü tedbiri alır”* hükmü ile Anayasa'nın 50/2 maddesindeki, *“Küçükler ve kadınlar ile bedeni veya ruhi yetersizliği olanların çalışma şartları bakımından özel olarak korunurlar”* hükmü buna örnek olarak verilebilir.

Devlet, Anayasa'nın 49. maddesi ile güvence altına alınmış çalışma hakkının her kesim için hayata geçirilmesini sağlayabilmek adına engelliler, gaziler, şehit yakınları, eski hükümlüler, korunmaya muhtaç çocuklar gibi bazı kesimler için ayrık imkânlar sunmaktadır. Devlet, belirtmiş olduğumuz bu kesimler için bazen bizzat kamuda istihdam olanakları sunarak bu kişilerin çalışma hakkını gerçekleştirilmeye çalışırken, bazen de özel sektörü istihdama mecbur bırakmaktadır.

---

lumda güçlüler karşısında güçsüzleri koruma noktasında devletin çalışma hayatına ilişkin tedbirler olarak, sosyal adaleti sağlaması gerektiğine işaret edilmiştir. Danıştay, 2. D., T. 23.12.2005, E. 2004/7942, K. 2005/4297 (Kazancı).



Zira çalışma hayatı bakımından sosyal adaletsizliklerin giderilmesinde işverenlerin rolü de oldukça önemlidir<sup>22</sup>.

Bahsetmiş olduğumuz kesimlerden bazılarının özel sektördeki istihdamları için 4857 sayılı İş Kanunu'nun (İK)<sup>23</sup> 30. maddesinde düzenlemelere yer verilmiştir. Anılan maddenin ilk fıkrasına göre; *“İşverenler, elli veya daha fazla işçi çalıştırdıkları özel sektör işyerlerinde yüzde üç engelli, kamu işyerlerinde ise yüzde dört engelli ve yüzde iki eski hükümlü işçiyi veya 21/6/1927 tarihli ve 1111 sayılı Askerlik Kanunu veya 16/6/1927 tarihli ve 1076 sayılı Yedek Subaylar ve Yedek Askeri Memurlar Kanunu kapsamına giren ve askerlik hizmetini yaparken 12/4/1991 tarihli ve 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanununun 21 inci maddesinde sayılan terör olaylarının sebep ve tesiri sonucu malul sayılmayacak şekilde yaralananları meslek, beden ve ruhi durumlarına uygun işlerde çalıştırmakla yükümlüdürler. Aynı il sınırları içinde birden fazla işyeri bulunan işverenin bu kapsamda çalıştırmakla yükümlü olduğu işçi sayısı, toplam işçi sayısına göre hesaplanır”*. Bu maddede üç grubun zorunlu istihdamı düzenlenmiştir Bunlar; engelliler, eski hükümlüler ve askerlik hizmetini yaparken Terörle Mücadele Kanunu'nun (TMK)<sup>24</sup> 21. maddesinde sayılan terör olaylarından dolayı malul sayılmayacak şekilde yaralananlardır. Bu gruplardan engelliler, hem özel sektörde hem kamuda zorunlu istihdam imkânından yararlanabilmekteyken; diğerleri yalnızca kamuda zorunlu istihdam imkânından yararlanabilmektedir<sup>25</sup>.

Görülüyor ki Devlet, çalışma hakkının sağlanabilmesi için özel sektördeki zorunlu istihdamın yanında bir diğer yöntem olarak, kamuda zorunlu istihdamı kullanmaktadır. Anayasa'nın 70. maddesinde

<sup>22</sup> Anayasa Mahkemesi'nin bir kararında da vurgulandığı üzere, *“...Sosyal güvenlik, ekonomik yönden güçsüzleri, insanca yaşamak için yeterli geliri olmayanları korumayı amaçlar. Bir toplum içinde yaşayan bu kişilerin, ihtiyaçlarını doğrudan kendilerinin sağlaması olanaksız bulunduğundan, işverenlerin katkısı zorunludur.”* AYM, T. 14.11.1990, E. 1990/5, K. 1990/28, <https://www.anayasa.gov.tr/tr/kararlar-bilgi-bankasi/E.T.:01.10.2020>.

<sup>23</sup> RG. 10/6/2003-25134.

<sup>24</sup> RG. 12/4/1991-20843 Mükerrer.

<sup>25</sup> Çalışmamızın sınırı bakımından, özel sektördeki zorunlu istihdam yöntemine ilişkin ayrıntılı bir inceleme yapılmayacaktır.

de “Her Türk, kamu hizmetlerine girme hakkına sahiptir” denilerek, kamuda görev alma hakkının, her vatandaşa ait olduğu vurgulanmıştır. Devlet, hem Anayasa’nın 2. maddesindeki sosyal devlet ilkesi ile 10. maddesindeki eşitlik ilkesinin<sup>26</sup> hem de 49. maddesindeki çalışma hakkı ile 70. maddesindeki kamu hizmetine girme hakkının bir gereği olarak, bazı kesimler için kamuda zorunlu istihdam imkânı getirmiştir.

## **II. KAMUDA İSTİHDAMI ZORUNLU OLAN KESİMLER**

Sosyal adaletin gerçekleştirilmesi, imkân ve fırsat eşitliğinin sağlanması gibi daha önce ifade etmiş olduğumuz sebeplerle Devlet, bazı kesimlerin kamuda istihdamını zorunlu hale getirerek, bu kişiler için kamuda çalışma imkânı sunmaktadır.

Kamuda istihdamı zorunlu olan kesimler; terörle mücadele kapsamında malul sayılanlar ve/veya yakınları ile hayatını kaybedenlerin yakınları, terörle mücadelede malul sayılmayacak derecede yaralananlar, engelliler, sosyal hizmet modellerinden yararlananlar ve eski hükümlülerdir. Kamuda istihdamı zorunlu hale getirilen bu kesimlerin bazıları kamuda hem memur veya diğer kamu görevlisi hem de işçi olarak istihdam edilebilirken; bazıları ise kamuda yalnızca işçi olarak istihdam edilebilirler.

Bu çalışma kapsamında da kanunen istihdam zorunluluğu getiren hukuki düzenlemeler, “kamuda hem memur veya diğer kamu görevlisi olarak hem de işçi olarak istihdam edilenler” ile “kamuda yalnızca işçi olarak istihdam edilenler” şeklinde ayrı başlıklar altında incelenecektir.

---

<sup>26</sup> Burada kastedilen eşitlik; Anayasa’nın 10. maddesinin ilk fıkrasında ifade edilen mutlak eşitlik değil, imkân ve fırsat eşitliğidir.

## **A. Kamuda Memur ve Diğer Kamu Görevlisi Olarak ve/veya İşçi Olarak İstihdamı Zorunlu Olanlar**

Yasal düzenlemeler ile kamuda istihdam zorunluluğu getirilen bazı kesimlerin hem memur veya diğer kamu görevlisi olarak hem de işçi olarak zorunlu istihdamı öngörülmektedir.

Anayasa'nın 128. maddesindeki *"Memurların ve diğer kamu görevlilerinin nitelikleri, atanmaları, görev ve yetkileri, hakları ve yükümlülükleri, aylık ve ödenekleri ve diğer özlük işleri kanunla düzenlenir"* hükmünün bir gereği olarak, Devlet memurlarının atanma ve yetiştirilmeleri, hizmet şartları, nitelikleri, ilerleme ve yükselmeleri, ödev, hak, yüküm ve sorumlulukları, aylık ve ödenekleri ile diğer özlük işleri 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu (DMK)<sup>27</sup> ile genel olarak düzenlenmiştir. Ayrıca DMK dışında özel kanunlarda da memurlar ve diğer kamu görevlilerine ilişkin düzenlemeler bulunmaktadır.

DMK'nın 48. maddesinde memur olmanın genel ve özel şartları, ilerleyen maddelerinde ise memur olmak için gerekli olan sınav gibi memur olmanın usulüne ilişkin düzenlemelere yer verilmiştir. Bununla beraber, genel olarak memur olma usulünün dışında, bazı kesimler için memuriyete girme imkânı getirilmiştir. Kanunlarda genel memur olma şartlarında bazı kesimler için istisnalar getirilerek, bu kesimlerin memuriyete girişleri kolaylaştırılmıştır. Çalışmamızın konusunu oluşturan bu kişilerin kamuda memur veya diğer kamu görevlisi olarak istihdamlarına ilişkin düzenlemeler de yukarıda yer vermiş olduğumuz Anayasa'nın 128. maddesindeki hüküm gereğince ancak kanun ile yapılabilir. Bu doğrultuda da kamuda istihdam zorunluluğu bulunan her bir kesime ilişkin farklı kanuni düzenlemeler ile bu kanuni düzenlemelere dayanan düzenleyici işlemler bulunmakta ve istihdam zorunluluğu getirilen gruplar birbirinden farklı özellikler taşıdığı için, bu düzenlemelerde yer alan hükümler de birbirinden ayrılmaktadır.

Kamuda hem memur veya diğer kamu görevlisi olarak hem de işçi olarak istihdamı zorunlu olanlar; engelliler, terörle mücadele kapsa-

---

<sup>27</sup> RG. 23/7/1965-12056.

mında malul sayılanlar ve/veya yakınları ile hayatını kaybedenlerin yakınları ve sosyal hizmet modellerinden yararlanan kimselerdir.

## **1. Engelliler**

Anayasa'nın 48. maddesinin ilk fıkrasındaki; *"Herkes, dilediği alanda çalışma ve sözleşme hürriyetlerine sahiptir."* hükmü ve 49. maddesindeki *"Çalışma, herkesin hakkı ve ödevidir"* hükmü hiçbir ayırım yapılmaksızın, herkesin çalışma hakkına sahip olduğunu vurgulamaktadır. Anayasa'nın 50. maddesinin ikinci fıkrası da; *"Küçükler ve kadınlar ile bedeni ve ruhi yetersizliği olanlar çalışma şartları bakımından özel olarak korunurlar"* demek suretiyle, engellilerin çalışma hayatına katılmasında Devlete pozitif yükümlülükler yüklemektedir. Hatta daha önce ifade edildiği gibi, engellilerin çalışma hayatına katılmasını kolaylaştırmak adına idare tarafından alınacak tedbirler, Anayasa'nın 10. maddesinin 3. fıkrasında yer alan; *"Çocuklar, yaşlılar, özürlüler, harp ve vazife şehitlerinin dul ve yetimleri ile malul ve gaziler için alınacak tedbirler eşitlik ilkesine aykırı sayılmaz."* şeklindeki düzenleme nedeniyle, eşitlik ilkesine de aykırılık oluşturmayacaktır.

3/12/2008 tarihli ve 5825 sayılı Kanunla onaylanması uygun bulunan "Engellilerin Haklarına İlişkin Sözleşme"<sup>28</sup> nin "Çalışma ve İstihdam" başlıklı 27. maddesinde, engellilerin diğer bireylerle eşit koşullar altında çalışma hakkına sahip olduğu, taraf Devletlerin çalışırken engelli olanlar dahil tüm engellilerin çalışma hakkının yaşama geçmesi için, yasama çalışmalarını da içeren uygun tüm tedbirleri alacağı ifade edilmiştir. Böylece taraf devletlere engellilerin çalışma hakkının sağlanmasına yönelik pozitif yükümlülükler getirilmiştir. Ayrıca Sözleşmenin anılan maddesinde, engellilerin çalışma hakkına ilişkin pek çok ayrıntılı düzenlemeye de yer verilmiştir. Aynı zamanda taraf Devletlerin engellileri kamu sektöründe istihdam edeceği de yine bu maddede açıkça belirtilmiştir.

5378 sayılı Engelliler Hakkında Kanun'da da engellilerin tüm hak ve hizmetlerden yararlanması için fırsat eşitliğinin sağlanmasının

---

<sup>28</sup> RG. 14.07.2009-27288.

esas olduğu<sup>29</sup>, eşitliği sağlamak ve ayrımcılığı ortadan kaldırmak üzere engellilere yönelik makul düzenlemelerin yapılması için gerekli tedbirlerin alınması gerektiği<sup>30</sup> ve engellilerin hak ve özgürlüklerden tam ve eşit olarak yararlanmasını sağlamaya yönelik alınacak özel tedbirlerin ayrımcılık olarak değerlendirilemeyeceği<sup>31</sup> hüküm altına alınmıştır.<sup>32</sup> Bu hukuki dayanaklar doğrultusunda da, engellilerin çalışma hayatına dâhil olabilmeleri için zorunlu istihdama yönelik birtakım hukuki düzenlemeler hayata geçirilmiştir. Engellilerin çalışma hayatına dâhil olması 20. yüzyılın başlarına dayanmakla<sup>33</sup> beraber, bugün için Devletin zorunlu istihdam politikaları olmasa engellilerin istihdam edilme oranlarında ciddi bir azalma yaşanacaktır<sup>34</sup>.

Engellilerin istihdamına ilişkin olarak Devletin aktif müdahalesi, engellilerin hem kamuda hem de özel sektörde zorunlu istihdamı olmak üzere iki şekilde gerçekleşir. Engellilerin kamuda istihdamı konusunda DMK’de birtakım düzenlemeler yer alırken; özel sektördeki istihdamları için İş Kanunu’nda düzenlemeler bulunmaktadır<sup>35</sup>. İK’nin 30. maddesinin ilk fıkrasına göre; elli veya daha fazla işçi çalıştırılan

<sup>29</sup> 5378 sayılı Kanun, Madde 4/c.

<sup>30</sup> 5378 sayılı Kanun, Madde 4/A-2.

<sup>31</sup> 5378 sayılı Kanun, Madde 4/A-3.

<sup>32</sup> Engellilerin istihdama katılımlarının desteklenmesi amacıyla Avrupa Konseyi tarafından da üye ülkelerde uygulanmak üzere İstihdamda ve İşte Eşit Muamele Konusunda Genel Çerçeve (2000/78) Konsey Direktifi kabul edilmiştir. Bu direktif ile üye ülkelerde kamu ve kamu özel kuruluşlarına, engelli bireylere makul şartlarda yer ayırmak, engelli bireylerin bu kuruluşlara ulaşabilmeleri, katılabil-meleri, daha üst pozisyonlarda istihdam edilebilmeleri için gerekli önlemleri almak konusunda yükümlülükler getirilmiştir. Direktif metni için: <https://eur-lex.europa.eu/eli/dir/2000/78/oj> E.T.: 04.12.2020; bu konuda ayrıntılı bilgi için ayrıca bkz. ÇINARLI, Serkan: *Engellilere Yönelik Kamu Hizmetleri*, 1. Baskı, Kazancı Hukuk Yayımevi, İstanbul, Şubat 2010.

<sup>33</sup> ŞEN, Mustafa: “Türkiye’de Engellilere Yönelik İstihdam Politikaları: Sorunlar ve Öneriler”, *Sosyal Güvenlik Dergisi*, Aralık 2018, Cilt 8, Sayı 2, s.130.

<sup>34</sup> ÇAKMAK, N. Münci: “Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sistemi ve Engellilere Yönelik Düzenlemeler”, *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2019, Cilt XXIII, Sayı 3, s. 267.

<sup>35</sup> Belirli bir sayıdan fazla çalışanın olması halinde Kanunda belirlenen yüzdelik orana göre işverenler veya kamu kurum kuruluşları engelli çalıştırmak zorunda olduğu için bu istihdam yönteminin “kota/kota-ceza” yöntemi olduğu ifade edilmektedir. POYRAZ, Emel/EYİDİKER, Uğur: *Engelli Bireylerin Kamuda İstihdamının Hukuksal İncelemesi*, in *Engellilerin İstihdamı ve Sosyal Koruma*, Türk Metal Sendikası Araştırma ve Eğitim Merkezi Yayın No: 33, Ankara, Ekim 2019, s. 161.

özel sektör işyerlerinde % 3 engelli çalıştırma yükümlülüğü bulunmaktadır. Bu yükümlülüğe uymayan işyerlerine idari para cezası uygulanmaktadır.

Engellilerin kamuda istihdamı da iki türlü olmaktadır. Buna göre engelliler, kamuda memur olarak istihdam edilebilmek zorunda oldukları gibi, kamuda işçi olarak da istihdamları zorunludur. Engellilerin kamuda memur ve işçi olarak istihdamları ayrı başlıklar altında incelenecektir.

### **a. Engellilerin Kamuda Memur Olarak İstihdamı**

Bilindiği üzere 657 sayılı DMK'nin 48. maddesinde düzenlenmiş olan memur olma genel şartlarından biri, sağlık şartıdır. Buna göre memur olarak istihdam edilecek kişinin, görevini devamlı yapmasına engel olabilecek akıl hastalığının bulunmaması gerekmektedir<sup>36</sup>. Anılan maddedeki sağlık şartına ilişkin bu hükmün başında ise *"53. maddede hükümleri saklı kalmak kaydı ile"* ifadesi yer almaktadır.

657 Sayılı DMK'nin 53. maddesi, *"Engelli personel çalıştırma yükümlülüğü"* başlığını taşımaktadır. Buna göre, kamu kurum ve kuruluşları toplam dolu kadrolarının % 3'ü kadar engelli çalıştırmak zorundadırlar<sup>37</sup>. Engelli personel çalıştırma yükümlülüğünün yerine getirilmesinin takip ve denetimi ile engellilerin Devlet memurluğuna

---

<sup>36</sup> Maddedeki bu hükmün eski halinde ise vücut sakatlığının da bulunmaması gerektiği ifadesi yer almakta iken, 21/4/2005 tarihli ve 5335 sayılı Kanununun 29 uncu maddesiyle bu ifadeler madde metninden çıkarılmıştır.

<sup>37</sup> 657 sayılı Kanun, Madde 53/1: *"Kurum ve kuruluşlar bu Kanuna göre çalıştırdıkları personele ait kadrolarda % 3 oranında engelli çalıştırmak zorundadır. % 3'ün hesaplanmasında ilgili kurum veya kuruluşun (yurtdışı teşkilat hariç) toplam dolu kadro sayısı dikkate alınır."*

yerleştirilmesinden 53. maddenin üçüncü fıkrası<sup>38</sup> uyarınca Devlet Personel Başkanlığı sorumludur<sup>39</sup>.

Engellilerin kamu kurumlarında göreve başlamaları için merkezi bir sınav uygulaması yapılmaktadır. Ancak bu sınav, DMK'nin 53. maddesinin 2. fıkrası uyarınca; *“ilk defa devlet memuru olarak atanacaklar için açılan sınavlardan ayrı zamanlı olarak”* yapılmakta ve Engelli Kamu Personeli Seçme Sınavı (EK PSS) olarak anılmaktadır. Bu sınavın usul ve esasları 07/02/2014 tarihli Engelli Kamu Personel Seçme Sınavı ve Engelli Bireylerin Devlet Memurluğuna Alınmaları Hakkında Yönetmelik<sup>40</sup> kapsamında belirlenmiştir. Yönetmelik'te *“merkezi olarak yapılacak engelli kamu personel seçme sınavına, kura-ya, yerleştirme işlemlerine, engelli memur istihdamının takip ve dene-*

<sup>38</sup> 657 sayılı Kanun, Madde 53/4: *“Engellilerin memurluğa alınma şartlarına, merkezi sınav ve yerleştirmenin yapılmasına, eğitim durumu ve engel grupları dikkate alınarak kura usulü ile yapılacak yerleştirmelere, engellilerin görevlerini yürütmelerinde hangi yardımcı araç ve gereçlerin kurumlarınca temin edileceğine, kamu kurum ve kuruluşlarınca engelli personel istihdamı ile ilgili istatistiksel verilerin bildirilmesine ilişkin usul ve esaslar ile diğer hususlar Özürlüler İdaresi Başkanlığının görüşü alınarak Devlet Personel Başkanlığınca hazırlanacak yönetmelikle düzenlenir.”*

<sup>39</sup> Devlet Personel Başkanlığı Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname, 2/7/2018 tarihli ve 703 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin 123 üncü maddesiyle yürürlükten kaldırılmıştır. Söz konusu kararnamenin Geçiş Hükümleri başlıklı Geçici 3. Maddesi uyarınca; *“(1) 8/6/1984 tarihli ve 217 sayılı Kanun Hükmünde Kararname ve diğer mevzuatla Devlet Personel Başkanlığına verilen görevler, bu maddenin yürürlüğe girdiği tarihten itibaren bir yıl süreyle anttan Başkanlık tarafından yürütülmeye devam olunur. Bu sürenin bitiminde Başkanlık kapanmış sayılır. Başkanlık birimlerinin personel, taşınır ve taşınmazlar ve diğer ilgili hususlar bakımından Çalışma, Sosyal Hizmetler ve Aile Bakanlığına devri, bu Kanun Hükmünde Kararnamenin geçici 1 inci maddesinde belirtilen hükümler çerçevesinde Cumhurbaşkanınca belirlenen makam tarafından yürütülür.”* Görüldüğü üzere, Geçici 3. madde gereğince, Devlet Personel Başkanlığı ilga edilerek, Başkanlık birimleri, personeli, göre ve yetkileri ile birlikte Aile, Çalışma ve Sosyal Hizmetler Bakanlığı'na devredilmiştir. Diğer taraftan 1 sayılı Cumhurbaşkanlığı Teşkilatı Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'nin Aile, Çalışma ve Sosyal Hizmetler Bakanlığına ait 2. bölümünün 74. maddesinde, Bakanlık bünyesinde yer alan Çalışma Genel Müdürlüğü'nün, kamu personelinin istihdamına ilişkin görev ve yetkileri belirtilmiştir. Buna göre, engelli memur alım talepleri ve yerleştirmeleri, sosyal hizmet modellerinden yararlananların istihdamı, şehit yakını, gazi, gazi yakını yerleştirmeleri gibi işlemler Bakanlık bünyesinde yer alan Çalışma Genel Müdürlüğü bünyesinde yürütülecektir.

<sup>40</sup> RG. 07/02/2014-28906.

*timine, istatistiki bilgilerin temini ve engelli memur istihdamı ile ilgili diğer hususlara ilişkin esas ve usuller” ortaya konulmuştur.*

Yönetmeliğe göre EKPS's'ye ortaöğretim, ön lisans ve lisans mezunu engelliler girebilirken<sup>41</sup>; ilkokul, ortaokul, ilköğretim ve özel eğitim iş uygulama merkezi veya okulu mezunu engelliler, tercihlerine göre kura yöntemi ile Devlet memuru kadrolarına yerleştirilebilmektedirler<sup>42</sup>. Bu düzenlemenin yer aldığı Yönetmeliğin 6. maddesinde DMK'nin 41. maddesi göz önünde bulundurularak kura ile yerleştirmenin yapılabileceği düzenlenmiştir. DMK'nin 41. maddesinde de, ortaokulu bitirenlerin memur olabileceği, ortaokul mezunlarından istekli bulunmazsa ilkokulu bitirenlerin memur olabilecekleri düzenlenmiştir. İlgili Yönetmelik hükmü ile belirli bir eğitim seviyesinin üzerindeki engelliler için sınav koşulu getirilmesi, bu kişilerin istihdam edilebileceği kadro ve pozisyonlarda istihdamın liyakat ilkesine uygun yapılmasının amaçlandığını göstermektedir.

İlgili yönetmeliğin 6. maddesinin 2. fıkrasında yer alan “*Kura yöntemiyle yerleşmek isteyen adayların kayıtları iki yılda bir alınır*” şeklindeki düzenlemenin, ilgiliye her dönem için yalnızca bir başvuru hakkı tanınması sonucu doğurduğundan ve bunun da engelliler açısından sınırlayıcı ve fırsat eşitliğini ortadan kaldırır nitelikte olduğundan bahisle açılan iptal davasında Danıştay, “...*Dava konusu yönetmelikte;*

<sup>41</sup> Yönetmelik, Madde 5: “(1)EKPS's, ortaöğretim, ön lisans veya lisans düzeyinde eğitim veren kurumlardan mezun veya sınavın geçerlik süresi içerisinde mezun olabilecek durumda olan engelli adayların eğitim durumları ve engel gruplarının yarattığı dezavantajlar göz önünde bulundurularak Başkanlık tarafından yapılır veya yaptırılır. Adayların atanabilmesi için yerleştirme tercih işlemlerine son başvuru tarihi itibarıyla mezun olması gerekir. (2) EKPS's sonuçları, kamu kurum ve kuruluşları tarafından Türkiye İş Kurumu aracılığıyla yapılan engelli işçi alımlarında da kullanılır.”

<sup>42</sup> Yönetmelik, Madde 6: “(1) Kura; ilkokul, ortaokul, ilköğretim ve özel eğitim iş uygulama merkezi veya okulu mezunu veya bu okullardan yerleştirme işlemlerine son başvuru tarihi itibarıyla mezun olabilecek engellilerin 657 sayılı Kanunun 41 inci maddesi gözönünde bulundurularak kamu kurum ve kuruluşlarına tercihlerine göre yerleştirilmeleri amacıyla noter huzurunda yapılır. Kura çekimini, kura için başvuruda bulunan adaylar da izleyebilir. (2) (Değişik: 25/1/2018-2018/11227 K.) Kura yöntemiyle yerleşmek isteyen adayların kayıtları iki yılda bir alınır. (3) (Ek: 25/1/2018-2018/11227 K.) Kura kaydı yaptıran adaylar dört yıl içerisinde gerçekleştirilen engelli memur alımlarına başvurabilir.”



engellilerin Devlet memurluğuna alınmaları hakkındaki hususlar düzenlenirken, kamu görevlerine ilk defa atanacak kimseler için getirilen genel nitelikteki düzenlemelere paralel yöntemler öngörüldüğü anlaşılmaktadır. Bu kapsamda belirli aralıklarla yapılacak sınavlara başvuru yapan engelliler, bu sınavdan alacağı puan ile sınavın geçerlik süresi boyunca tercih yapma hakkına sahip olacaklardır. ...Engellilerin istihdam olanaklarının ve engelli adayların atamalarına esas teşkil eden seçme şeklinin uygulanmasındaki zorluk ve maliyet de göz önüne alındığında; eğitim durumları göz önünde bulundurularak herhangi bir sınava tabi tutulmadan kura usulüyle yerleştirme yapılması öngörülen engellilerin ise tercih hakkı elde edebilmesi için, EKPSŞ döneminde kura usulüyle yerleştirilmek için başvuru yapmasının gerektiği yönündeki dava konusu düzenlemenin, fırsat eşitliğini ortadan kaldırdığını kabul etmek mümkün değildir." diyerek, EKPSŞ dönemine bağlı olarak düzenlenen başvuru tarihleri arasında başvurusunu yapmayan kura usulüne tabi engellilerin yerleştirme işlemlerine başvuru yapma hakkı elde edememelerini hakkaniyete uygun bulmuştur<sup>43</sup>.

Anılan Yönetmeliğin "Tanımlar" başlıklı 4/1-(ç) maddesine göre; "Bu yönetmeliğin uygulanmasında; Engelli: Doğuştan veya sonradan; bedensel, zihinsel, ruhsal, duyuşsal ve sosyal yetenekleri bakımından engel oranının yüzde kırk veya üzerinde ve çalışabilir durumda olduğunu mevzuat hükümlerine göre alınacak sağlık kurulu raporu ile belgeleyenleri, ifade eder". Bu düzenlemeden anlaşılmaktadır ki, engel oranı %40 veya üzerinde olan kişilerin kamuda istihdam edilebilmeleri için çalışabilir durumda olduğunu sağlık kurulu raporu ile belgelemeleri gerekmektedir. Yine Yönetmeliğin ilgili hükümleri gereğince, sınav veya kura koşullarını da sağladıktan sonra atanacağı kadro için gerekli şartları da taşıması<sup>44</sup> ve ilgili kurum tarafından kurulacak olan değerlendirme komisyonu tarafından gerekli niteliklerin varlığının tes-

<sup>43</sup> Danıştay, 12. D., T. 15.10.2018, E. 2017/3538, K. 2018/4077 (Yayımlanmamış).

<sup>44</sup> Yönetmelik, Madde 14/3: "EKPSŞ veya kura sonucuna göre yerleştirildiği halde atama için aranılan koşulları taşımayan veya istenilen belgeleri süresi içerisinde getirmeyen adayların atamaları yapılamaz."

piti üzerine atamalarının yapılmasının teklif edilmesi gerekmektedir<sup>45</sup>.

EKPSS sonuçları doğrultusunda imam-hatiplik kadrosuna yerleştirilen davacının, engel durumunun imam-hatiplik görevine engel nitelikte olduğundan gerekli nitelikleri taşımadığı gerekçesiyle atamasının yapılmamasına ilişkin tesis edilmiş işleme karşı açılan davaya ilişkin olarak Danıştay, davacı hakkında bir çeşit konuşma bozukluğu teşhisi bulunduğu ve alınan sağlık kurulu raporunda, davacının konuşmasının anlaşılır olduğu, kelimeleri rahatça çıkarabildiği ve hafif dizartri olduğu, imam-hatiplik yapabileceğinin belirtildiği halde, *“konuşma bozukluğu bulunan davacının; yukarıda açık metnine yer verilen mevzuatta öngörülen din hizmetlerini yürütme, dini konularda toplumu bilgilendirme, gerektiğinde Kur’an-ı Kerim öğretiminde görevlendirilme hizmetlerini yerine getirebilme bakımından yeterli şartları taşımadığının kabulü gerekmektedir”* diyerek, atanmama işleminin iptaline karar veren İdare Mahkemesi kararını bozmuştur<sup>46</sup>. Danıştay bu kararı ile sağlık kurulu raporuna rağmen engelli kişinin atanacağı görevin gerekli şartlarını taşıyıp taşımadığına ilişkin idarenin değerlendirme yapabilmesine imkân vererek, görevin gereklerine uygun yerine getirilmesine öncelik tanımıştır.

Engellilerin kamuda istihdamına yönelik hükümler sadece engellilerin işe alınmaları ile sınırlı değildir. Aynı zamanda kamuda istihdam edilen engellilerin yer değiştirmelerine ilişkin de bazı ayrıksı düzenlemeler bulunmaktadır. DMK'nin *“Yer değiştirme suretiyle atanma”* başlıklı 72. maddesinde, *“İlgili mevzuatı uyarınca verilecek rapora göre kendisi, eşi veya birinci derece kan hısımlığı bulunan bakmakla yükümlü olduğu aile fertleri engelli olan memurların engellilik durumundan kaynaklanan yer değiştirme taleplerinin karşılanması için düzenlemeler...”* yapılacağı belirtilmiştir. Devlet Memurlarının Yer

<sup>45</sup> Yönetmelik, Madde 15/2: *“Kamu kurum ve kuruluşları, yerleştirmeye ilişkin olarak atamaya yetkili amirin onayı ile beş kişiden oluşan bir değerlendirme komisyonu kurar. Bu komisyon, atanmak üzere başvuran adayları, aranan nitelikler yönünden inceleyerek, nitelikleri uyanların atamalarının yapılmasını teklif eder. Bu adaylar, kamu kurum ve kuruluşlarınca başka bir sınav veya mülakat yapılmaksızın atanır.”*

<sup>46</sup> Danıştay, 12.D., T. 16.02.2017, E.2016/9431, K.2017/348 (Yayımlanmamış).

Değiştirme Suretiyle Atanmalarına İlişkin Yönetmeliğin<sup>47</sup> Ek 3. maddesine göre; *“İlgili mevzuatına göre alınan sağlık kurulu raporunda en az yüzde kırk oranında engelli olduğu belirtilen memurlar ile ağır engelli raporlu eşi veya bakmakla yükümlü olduğu birinci derece kan hısımları bulunan memurlar engellilik durumundan kaynaklanan gereklere dayalı olarak yer değiştirme talebinde bulunabilir. Bu kapsamdaki talepler bu Yönetmelikte yer alan kısıtlayıcı hükümlere tabi olmaksızın kurumların kadro imkânları ve teşkilat yapıları dikkate alınarak karşılanır.”* Bu düzenlemenin devamında engellilerin yer değiştirme taleplerine ilişkin olarak yer alan *“bu haktan bir defadan fazla yararlanılmaz”* ifadesi ise Danıştay tarafından iptal edilmiştir<sup>48</sup>. Böylece birden fazla kez de bu Yönetmelik hükmüne dayanarak kişilerin yer değiştirme taleplerinin dikkate alınmasının önünde bir engel kalmamıştır.

Engelli personelin yer değiştirmesine ilişkin Danıştay kararına konu bir olayda, % 60 engelli bir personelin, çalıştığı kurumun işleyişine ilişkin Yönetmelikteki aynı yerde 7 yıldan fazla görev yapamayacağı yönündeki hükme dayanarak başka bir yere atanması üzerine, atama işlemine karşı açılan iptal davasının temyiz incelemesinde Danıştay, *“Anayasanın 10. maddesinde, engelliler hakkında pozitif ayrımcılık yapılmasına dair ilkenin düzenlendiği ve bu ilkenin hayata geçirilmesi için Devlet Memurlarının Yer Değiştirme Suretiyle Atanmalarına İlişkin Yönetmeliğe Engellilik Durumuna Bağlı Yer Değişikliği başlıklı Ek 3. maddenin eklendiği göz önüne alındığında”* kendi kurumuna ait

<sup>47</sup> RG. 25/06/1983-18088.

<sup>48</sup> Danıştay, 2. Dairesi'nin 21/03/2018 tarih ve E:2016/9697, K:2018/1891 sayılı kararında ise, *“bir defadan fazla”* ibaresinin iptaline karar verilmiştir. Engelli bir devlet memurunun kadrosunun bulunduğu yerden başka bir yerde görevlendirme ile çalıştığı yerden kadrosunun bulunduğu yere atanması talebinin idare tarafından reddine ilişkin karara karşı Kamu Denetçiliği Kurumu, yer değiştirme hakkından bir defadan fazla yararlanılamayacağı yönündeki hükmün Danıştay tarafından iptal edilmesine rağmen, idarenin engelli memurun yer değiştirme talebini reddetmesini, açıkça hukuka ve hakkaniyete aykırı bularak, idareye başvurunun kabulü yönünde karar vermesi yönünde tavsiyede bulunmuştur. TBMM Kamu Denetçiliği Kurumu, Başvuru No: 2018/3639, Karar Tarihi: 15/08/2018 <https://www.ombudsman.gov.tr/> E.T.: 03.10.2020.

Yönetmeliğin uygulanmasını hukuka aykırı bulmuştur<sup>49</sup>. Danıştay bu kararı ile yerinde bir yorum yaparak, doğrudan engellilerin lehine olan düzenlemenin uygulanması gerektiğini vurgulamıştır.

Danıştay yakın tarihli bir diğer kararında da % 56 oranında engelli olan memurun, Devlet Memurlarının Yer Değiştirme Suretiyle Atanmalarına İlişkin Yönetmeliğin Ek 3. maddesi ile aynı doğrultudaki kendi kurumlarına ait Yönetmelik hükümleri uyarınca, engellilik durumu devam ettiği sürece istek dışında memurun yerinin değiştirilemeyeceğine ilişkin hükme göre işlem tesis edilmesi gerektiğini ifade etmiştir. Somut olayda ise engellilik durumuna ilişkin özel bir gerekçe aranarak, özürlü sağlık kurulu raporunda, davacının memuriyet görevini ifa edemeyeceğine veya başkasının yardımına ihtiyaç duyduğuna ilişkin herhangi bir gerekçe bulunmadığından ve atamasının yapıldığı yerde tedavi imkânları olduğundan bahisle kişinin yerinin değiştirilmemesi yönündeki talebi reddedilmiştir. Danıştay, dava konusu işlemlerde hukuka uygunluk bulunmadığı sonucuna ulaşarak, ilgili Yönetmelikler ile getirilen düzenlemelerin pozitif ayrımcılığın da gereği olduğunu vurgulayıp, engelli memur lehine idarenin atama işlemini iptal etmiştir<sup>50</sup>.

### **b. Engellilerin Kamuda İşçi Olarak İstihdamı**

4857 sayılı İK'nin 30. maddesi ve Kamu Kurum ve Kuruluşlarına İşçi Alınmasında Uygulanacak Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik<sup>51</sup>, kamuda işçi olarak istihdam edilecek engellilere ilişkin düzenlemeler öngörmektedir<sup>52</sup>. İK'nin 30. maddesine göre, elli veya daha fazla işçi çalıştırılan kamu işyerlerinde % 4 engelli çalıştırma zorunluluğu bulunmaktadır.

<sup>49</sup> Danıştay, 2.D., T. 13.12.2016, E. 2016/3556, K. 2016/5812 (Kazancı).

<sup>50</sup> Danıştay, 2.D., T. 06.02.2020, E. 2016/7752, K. 2020/629 (Yayımlanmamış).

<sup>51</sup> RG. 09/08/2009-27314.

<sup>52</sup> Özel sektörde işverenin engelli çalıştırma yükümlülüğüne ilişkin detaylı inceleme için bkz. KÖME AKPULAT, Ayşe: "İşverenin Engelli İşçi Çalıştırma Yükümlülüğü", *İstanbul Hukuk Mecmuası*, 2019, Cilt 77, Sayı 2, s. 523-553, <https://dergipark.org.tr/tr/pub/ihm/issue/52205/682320> E.T.: 03.12.2020.

Kamu Kurum ve Kuruluşlarına İşçi Alınmasında Uygulanacak Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmeliğin 7. maddesinin 1. fıkrasının e bendinde; “*Kamu kurum ve kuruluşlarının her türlü işçi taleplerinde, işin niteliği gerektirmediği sürece, engelli olmama şartının aranmaması, engel oranına üst sınır getirilmemesi ve engel grupları arasında ayırım yapılmaması*” hükme bağlanmıştır. Keza 12. maddenin 4. fıkrası uyarınca da kuraya tabi engelli taleplerine, eğitim durumlarına bakılmaksızın zihinsel engelliler de istemeleri hâlinde başvurabilecektir. Bu düzenlemeler, işin niteliği gerektirmediği sürece engelli olmama şartı aranmayacağını ve engellilik oranına ilişkin bir üst sınır getirilmemesini ve engel grupları arasında ayırım yapılmamasını öngörmektedir. Buna göre engellilerin işçi olarak çalışabilecekleri işlerin tespitinde işin niteliği önem arz etmektedir.

Engellilerin kamuda işçi olarak istihdam edilmeleri için merkezi bir sınava tabi olup olmadıkları ise, ilgili Yönetmeliğin 10. maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre, kamuda işçi olarak istihdam edilecek engelli kişilerden lisans ve ön lisans mezunu olanların EKPS’s’e girmiş olması gerekmektedir. Bu karşın ortaöğretim ve daha alt eğitim düzeyindeki işçi talepleri ile temizlik hizmetlerinde, güvenlik ve koruma hizmetlerinde, bakım ve onarım hizmetlerinde, eğitim şartı aranmaksızın kömür ve maden işletmelerinin yeraltı işlerinde çalıştırılacaklara ilişkin taleplere gönderilecek adaylar noter huzurunda çekilecek kura ile belirlenecektir.

Görüldüğü üzere kanun koyucu, Devletin zorunlu istihdam politikasının bir gereği olarak, engellilerin çalışma hayatına katılımını sağlama hedefine hizmet edecek şekilde, bu kişilerin hem özel sektörde hem de kamuda istihdam edilmelerini zorunlu hale getirmiştir. Kamuda istihdamlarında da hem memur hem de işçi olarak zorunlu olarak istihdam edilmelerini ayrı ayrı düzenleme konusu yapmıştır. Devletin özel sektöre de istihdam yükümlülüğü getirmesi ekonomik hayata müdahalesinin farklı bir vechesi olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu durum, sosyal adaletin sağlanması açısından özel sektör-kamu sektörü ayrımı olmaksızın, toplumsal olarak korunması gereken gruplardan olan engellilerin çalışma hayatının her alanında aktif rol almasını

sağlaması açısından önemli bir örnek teşkil etmektedir. Anayasa Mahkemesi de 2008 yılında İK'nin 30. maddesinin Anayasa'ya aykırı olduğu iddiasıyla önüne gelen itiraz başvurusu üzerine verdiği kararında, özel ve kamu ayrımı yapılmadan engelli istihdamı öngören kuralın sosyal amaçları gözettiği ve bu durumun sosyal devlet ilkesinin bir sonucu olduğunu ifade etmiştir<sup>53</sup>.

## **2. Terörle Mücadele Kapsamında Malul Sayılanlar ve/veya Yakınları ile Hayatını Kaybedenlerin Yakınlarının Kamuda İstihdamı**

1980'li yıllardan bu yana devam etmekte olan Ülkemizin terörle mücadelesinde, pek çok vatandaşımız hayatını kaybetmiş veya yaralanarak malul hale gelmiştir. Vatani için hayatını kaybeden vatandaşlarımızın yakınları veya malul sayılanların kendileri ya da yakınları için Devlet tarafından sağlanması gereken bazı imkânlar, sosyal devlet ilkesinin zorunlu bir gereğidir. Anayasa'nın 10. maddesinde de açıkça harp ve vazife şehitlerinin dul ve yetimleri ile malul ve gaziler için alınacak tedbirlerin eşitlik ilkesine aykırı sayılmayacağı vurgulanmıştır.

Kamuda zorunlu istihdam konusunda, 3713 sayılı TMK kapsamında yapılan atamalar ön plana çıkmaktadır. TMK'nin Ek Madde 1 hükmü ve Terörle Mücadele Kanunu Kapsamında Kamu Kurum ve Kuruluşlarında İstihdam Edilecekler Hakkında Yönetmelik<sup>54</sup>, terörle mücadele kapsamında hayatını kaybedenlerin yakınları ile malul sayılanların kendilerinin veya belli dereceye kadar yakınlarının kamuda

---

<sup>53</sup> AYM, T. 19.06.2008, E. 2006/101, K. 2008/126, <https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr>, E.T: 07.08.2020; Ancak özel sektör bakımından istihdam zorunluluğunun getirilmesinin sözleşme hürriyeti gibi haklarında özel bir sınırlama nedeni öngörülmemiş temel hak ve hürriyetler bakımından da tartışılmaya açık bir husus olduğu da ifade edilmektedir. Anayasa Mahkemesi kararının, sözleşme hürriyeti bağlamında değerlendirilmesi için bkz. BOZKURT, Tamer, "Anayasa Mahkemesi'nin 4857 Sayılı İş Kanunu'ndaki Engelli ve Eski Hükümlü Çalıştırma Zorunluluğunun Anayasa'ya Uygun Olduğuna Dair Verdiği Karar Üzerine Düşünceler", *Ankara Barosu Dergisi*, Bahar 2009, Yıl 67, Sayı 2, s. 98-105.

<sup>54</sup> RG. 09/05/2014-28995.

istihdamını, kamu personel rejiminin genel çerçevesinden farklı bir şekilde düzenlemektedir.

TMK kapsamında yapılacak atamalarda ilk şart, hak sahibi olmaktır. Hak sahibi, 3713 sayılı Kanun'un Ek 1. maddesi kapsamında istihdam talebinde bulunma hakkını haiz kişidir<sup>55</sup> ve 3713 sayılı Kanun Ek Madde 1/(2)<sup>56</sup> de hak sahibi olanlar sayılmıştır.

Aile, Çalışma ve Sosyal Hizmetler Bakanlığı'nın resmi sitesinde bu madde kapsamında kamuda istihdam hakkından<sup>57</sup>;

*“3/11/1980 tarihli ve 2330 sayılı Nakdi Tazminat ve Aylık Bağlanması Hakkında Kanuna göre veya 2330 sayılı Kanun hükümleri uygulanarak aylık bağlanmasını gerektiren kanunlara göre harp veya vazife malulü sayılanlardan hayatını kaybedenler veya malul olanlar,*

*- Vazife ve harp malullüğü kapsamındaki TSK mensubu ve güvenlik görevlilerinden hayatını kaybedenler veya malul olanlar,*

*- Vazife malullüğü kapsamında bulunan diğer kamu görevlilerinden hayatını kaybedenlerin yakınları veya malul olanlar,*

<sup>55</sup> Yönetmelik, Madde 4/(1)-c.

<sup>56</sup> 3713 Sayılı Kanun, Madde Ek1/(2): *“a) 5434 sayılı Kanunun mülga 64 üncü maddesi, 5510 sayılı Kanunun 47 nci maddesinin sekizinci fıkrası, (...) (2) 3/ 11/ 1980 tarihli ve 2330 sayılı Nakdi Tazminat ve Aylık Bağlanması Hakkında Kanuna göre veya 2330 sayılı Kanun hükümleri uygulanarak aylık bağlanmasını gerektiren kanunlara göre harp veya vazife malulü sayılanlar,*

*b) 5434 sayılı Kanunun mülga 45 inci maddesi ile 5510 sayılı Kanunun 47 nci maddesinin birinci fıkrasında belirtilen haller kapsamında vazife malulü sayılan; Türk Silahlı Kuvvetleri, Jandarma Genel Komutanlığı ve Sahil Güvenlik Komutanlığının erbaş ve erler dahil askeri personeli ile Emniyet Teşkilatından Emniyet Hizmetleri Sınıfına mensup personeli,*

*c) (b) bendi kapsamına girenler hariç olmak üzere 5434 sayılı Kanunun mülga 45 inci maddesi ile 5510 sayılı Kanunun 47 nci maddesinin birinci fıkrası kapsamında olanlardan vazife malulü sayılanlar,*

*ç) (2) 17/ 7/ 2004 tarihli ve 5233 sayılı Terör ve Terörle Mücadeleden Doğan Zararların Karşılanması Hakkında Kanunun ek 1 inci maddesi kapsamında aylık bağlanılardan terör eylemleri nedeniyle hayatını kaybetmiş veya engelli hale gelmiş olanlar ile Makina ve Kimya Endüstrisi Kurumuna ait fabrika, işletme, müessese veya bağlı ortaklıklarda görevli olanlardan patlayıcı maddelerin üretimi, incelenmesi, muhafazası, nakli, imha edilmesi ve zararsız hale getirilmesi sırasında oluşacak patlamalardan dolayı hayatını kaybedenler.”*

<sup>57</sup> <https://ailevecalisma.gov.tr/tr-tr/ss/seyhit-yakinlari-ve-gazilere-yonelik-hizmetler-dairesi-baskanligi/is-hakki-uygulamalari/> E.T.: 01.07.2020.

- Terör mağduru sivil vatandaşlardan terör eylemleri nedeniyle hayatını kaybeden veya engelli hale gelenler ile Makina ve Kimya Endüstrisi Kurumuna ait fabrika, işletme, müessese veya bağlı ortaklıklarda görevli olanlardan patlayıcı maddelerin üretimi, incelenmesi, muhafazası, nakli, imha edilmesi ve zararsız hale getirilmesi sırasında oluşacak patlamalardan dolayı hayatını kaybedenler,

- 13/5/2014 tarihi ile 28/10/2014 (dâhil) tarihleri arasında maden ocaklarının yer altı işlerinde meydana gelen iş kazası sonucunda hayatını kaybeden sigortalının hak sahipleri,

- 15 Temmuz darbe girişiminde hayatını kaybedenler veya malul olanlar<sup>58</sup>,

- 15 Temmuz darbe girişiminde malul sayılmayacak derecede yaralanan vatandaşlar<sup>59</sup>” ın faydalanabilecekleri belirtilmiştir<sup>60</sup>.

<sup>58</sup> “Şehitlerin eş veya çocuklarından birisi ile ana, baba veya kardeşlerinden birisi olmak üzere toplam 2 kişi kamuda istihdam edilecektir.” <https://www.ailevecalisma.gov.tr/tr-tr/sss/sehit-yakinlari-ve-gazilere-yonelik-hizmetler-dairesi-baskanligi/15-temmuz-darbe-girisiminde-sehit-olanlar/> E.T.: 01.07.2020; “Malullerin kendileri veya eş ve çocuklarından birisi, eşi veya çocuğu yoksa kendisi veya kardeşlerinden birisi olmak üzere toplam 1 kişi kamuda istihdam edilecektir.” <https://www.ailevecalisma.gov.tr/tr-tr/sss/sehit-yakinlari-ve-gazilere-yonelik-hizmetler-dairesi-baskanligi/15-temmuz-darbe-girisiminde-malul-olan-gaziler/> E.T.: 01.07.2020.

<sup>59</sup> “Malullük derecesi %40’ın altında olan yaralı vatandaşlarımızın kendisi veya eş ve çocuklarından birisi, eşi veya çocuğu yoksa kendisi veya anne, baba veya kardeşlerinden birisi olmak üzere toplam 1 kişiye istihdam hakkı sağlanmıştır.” <https://ailevecalisma.gov.tr/tr-tr/sss/sehit-yakinlari-ve-gazilere-yonelik-hizmetler-dairesi-baskanligi/15-temmuz-darbe-girisiminde-malul-sayilmayacak-derecede-yaralanan-gaziler/> E.T.: 01.07.2020.

<sup>60</sup> 15 Temmuz 2016 darbe girişiminde malul olanların kendileri ile yakınlarının veya şehit olanların yakınlarının kamuda istihdamı, ülke genelinde ilan edilen olağanüstü hal kapsamında, darbe teşebbüsü ve terörle mücadele çerçevesinde gerekli bazı tedbirlerin alınması amacıyla çıkarılan, 670 sayılı Olağanüstü Hal Kapsamında Alınması Gereken Tedbirler Hakkında Kanun Hükmünde Kararname’nin 9. maddesinde dayanak bulmaktadır. Düzenleme şu şekildedir: “(1) 15/7/2016 tarihinde gerçekleştirilen darbe teşebbüsü ve terör eylemi ile bu eylemlerin devamı niteliğindeki eylemlerin ortaya çıkarılması, etkilerinin azaltılması veya bertaraf edilmesinin sağlanmasında yardımcı ve faydalı oldukları sırada yaralandıkları, tedavi amacıyla başvurdukları hastane ve sağlık kuruluşlarının kayıtları esas alınmak suretiyle, ilgili valinin teklifi üzerine İçişleri Bakanlığı Nakdi Tazminat Komisyonu tarafından karara bağlanan kamu görevlileri ile sivillerden, 3713 sayılı Kanununun 21 inci maddesinin birinci fıkrası kapsamında aylık bağlama şartları



TMK'nin Ek 1. maddesinde aynı zamanda, hayatını kaybetme veya malullük halinde kaç kişinin istihdam edilebileceğine ilişkin düzenleme getirilmiştir. Buna göre, ayrıntıları Kanunda yer almakla birlikte; malullük halinde kişinin kendisinin veya yakınlarından biri olmak üzere toplam bir kişinin; hayatını kaybedenlerde ise yukarıda yer verilen a, b, c, d bentlerinden; a ve b bentlerine göre hayatını kaybedenlerde toplam iki kişinin, c ve d bentlerine göre hayatını kaybedenlerde bir kişinin istihdam edileceği düzenlenmiştir<sup>61</sup>.

Kanun'a göre hak sahibi olarak kabul edilen kişilerden, başvuru formu ile başvuranlar, Aile, Çalışma ve Sosyal Hizmetler Bakanlığı tarafından belirlenerek istihdam edilmek üzere Devlet Personel Başkanlığı'na bildirilirler ve böylece "istihdam hakkı sahibi" olurlar. Bakanlıkça hak sahibi olduğu belirlenerek Başkanlığa bildirilen ve Bakanlıkça kura sonucu atama teklifi yapılanların<sup>62</sup>, atama teklifi ile ih-

---

*oluşmayanlara, 3/11/1980 tarihli ve 2330 sayılı Nakdi Tazminat ve Aylık Bağlanması Hakkında Kanun ile belirlenmiş esas ve usuller çerçevesinde engellilik ve yaralanma derecesine göre belirlenecek tazminatın beş katı tutarında nakdi tazminat ödenir.*

*(2) Birinci fıkra kapsamında tazminat hakkından yararlandırılanların kendisi veya eş ve çocuklarından birisi, eşi veya çocuğu yoksa kendisi veya anne, baba veya kardeşlerinden birisi olmak üzere toplam bir kişi hakkında, 3713 sayılı Kanunun ek 1 inci maddesindeki istihdama ilişkin hükümler uygulanır."*

<sup>61</sup> 3713 sayılı Kanun'un Ek 1. maddesinin 3. fıkrası uyarınca istihdam hakkından; "a) İkinci fıkranın (a) ve (b) bentleri kapsamında hayatını kaybedenlerin eş veya çocuklarından birisi ile ana, baba veya kardeşlerinden birisi olmak üzere toplam iki kişi; ana, baba ve kardeşi yoksa eş veya çocuklarından toplam iki kişi; eş veya çocuğu yoksa ana veya babası ile kardeşlerinden birisi olmak üzere toplam iki kişi, ana veya babanın bu hakkı kullanmaması durumunda ise bir diğer kardeşi olmak üzere toplam iki kişi, ana, baba veya kardeşlerin bu hakkı kullanmaması durumunda eş veya çocuklardan toplam iki kişi,(3) b) İkinci fıkranın (a) ve (b) bentlerinde sayılan malların kendileri veya eş veya çocuklarından birisi, eşi veya çocuğu yoksa kendisi veya kardeşlerinden birisi olmak üzere toplam bir kişi, c) İkinci fıkranın (c) bendine göre malul sayılanların kendileri veya eş ve çocuklarından birisi, eşi veya çocuğu yoksa kendileri veya kardeşlerinden birisi; hayatını kaybedenlerin ise eş veya çocuklarından birisi, eşi veya çocuğu yoksa kardeşlerinden birisi olmak üzere toplam bir kişi, ç) İkinci fıkranın (c) bendine göre engelli hale gelenlerin kendileri veya eş ve çocuklarından birisi, eşi veya çocuğu yoksa kendileri veya kardeşlerinden birisi; hayatını kaybedenlerin ise eş ve çocuklarından birisi, eşi veya çocuğu yoksa anne, baba veya kardeşlerinden birisi olmak üzere toplam bir kişi" yararlanabilecektir.

<sup>62</sup> Yönetmelik, Madde 10/(6): "Hak sahiplerinin kamu kurum ve kuruluşlarına atama teklifleri, Bakanlıkça kura usulü ile yapılır."

das edilen DMK'ye tabi memur kadroları ile sözleşmeli personel pozisyonlarına ve sürekli işçi kadrolarına atanması zorunludur<sup>63</sup>. Bu noktada atama işlemi bakımından idarenin bağlı yetkisi söz konusudur. Başka bir ifadeyle idare, hak sahibi olarak tespit edilen kişilerin atanıp atanmaması noktasında tercihte bulunamayacaktır.

İdare her ne kadar atama işlemini gerçekleştirmek zorunda olsa da, hak sahibi olarak belirlenen kişilerin atanma şartlarını taşıyıp taşımadığını inceleyerek; şartları taşımadığı anlaşılan kişilerin atamasını da yapmamakla yükümlüdür<sup>64</sup>. Zira TMK'nin ilgili maddesi kapsamında atanacakların, atamalarının yapılacağı kadro veya pozisyonlar için ilgili mevzuatta öngörülen nitelik ve şartları taşımaları zorunludur.

Kanuna göre atanacak kişiler, atanmak için sınava girme şartına tabi değildir. Kanun bu kişileri, *"Bu madde kapsamında atanacakların, atamalarının yapılacağı kadro veya pozisyonlar için sınavlara ilişkin hükümler hariç olmak üzere ilgili mevzuatında öngörülen nitelik ve şartları taşımaları zorunludur."*<sup>65</sup> demek suretiyle, devlet memurluğu için aranan sınava girip yeterli puanı alma şartından muaf tutmuş; ancak atamanın yapılacağı kadro için mevzuatta öngörülen nitelik ve şartları taşımaları koşulunu aramıştır.

TMK'ye göre yapılacak olan istihdamlarda her ne kadar sınavdan muafiyet söz konusu ise de Kanun, hak sahibi olan kişilerin atanacakları kadrolar için asgari bir eğitim seviyesi öngörmüş ve kişilerin atanacakları kadroları, eğitim durumları esas alınarak belirlemiştir. Buna göre; *"Hak sahiplerinden ilköğretim, ortaokul, ilkokul mezunu olanların hizmetli unvanlı kadro ve pozisyonlara; ortaöğretim ve yükseköğretim mezunu olanların, atama teklifinin yapıldığı tarihte öğrenim durumları itibarıyla ihraz ettikleri unvanın 190 sayılı Kanun Hükmünde Karar-*

<sup>63</sup> 3713 sayılı Kanun, Ek Madde 1/(7): *"...Atama işlemlerinin, atama teklifinin kamu kurum ve kuruluşuna intikalinden itibaren otuz gün içinde yapılması zorunludur..."*

<sup>64</sup> Yönetmelik, Madde 10/(3): *"İlgili mevzuat ile belirlenen atanma şartlarına haiz olmayanların atama işlemleri yapılmaz. Atandıktan sonra şartları taşımadığı tespit edilenler hakkında ilgili mevzuat uyarınca işlem tesis edilir."*

<sup>65</sup> 3713 sayılı Kanun, Ek Madde 1/(4).

*namenin eki cetvellerde yer alması koşuluyla ihraz etmiş buldukları unvanlara, bunların dışında kalan ortaöğretim ve yükseköğretim mezunlarının ise memur unvanlı kadro ve pozisyonlara...”<sup>66</sup> atama teklifleri yapılabilir. Ancak hak sahibinin Ek Madde 1 kapsamında “bizzat malulün kendisi” olduğu durumlarda ve 15/8/2016 tarihli ve 670 sayılı Olağanüstü Hal Kapsamında Alınması Gereken Tedbirler Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin 9. maddesine göre tazminat hakkından yararlandırılanların “kendilerinin” istihdam hakkından yararlanmaları halinde, bu kişilerin atama tekliflerinin; ilköğretim, ortaokul, ilkokul mezunu olmaları durumunda da memur unvanlı kadro ve pozisyonlara yapılacağı düzenlemenin devamında kaleme alınmıştır.*

Şu halde 3713 sayılı TMK Ek Madde 1 hükmü ve Terörle Mücadele Kanunu Kapsamında Kamu Kurum ve Kuruluşlarında İstihdam Edilecekler Hakkında Yönetmelik hükümleri incelendiğinde, kamuda istihdam edilebilmek için aranan şartlar genel itibarı ile;

- Kanun ve Yönetmelik kapsamında hak sahibi sayılacak kişiler kapsamında olmak
- En az ilkokul mezunu olmak,
- Bakıma muhtaç derecede engeli olmamak,
- Terör örgütlerine veya Devletin milli güvenliğine karşı faaliyette bulunduğu karar verilen yapı, oluşum veya gruplara üyeliği, mensubiyeti veya irtibatı olmamak, şeklinde ifade edilebilir.

3713 sayılı Kanun kapsamında sağlanan istihdam hakkından yararlanamayacak olanlar ise;

- “Bir başkasının bakımına muhtaç olacak derecede engelli olanlar,
- Terör örgütlerine veya Milli Güvenlik Kurulunca Devletin milli güvenliğine karşı faaliyette bulunduğu karar verilen yapı,

---

<sup>66</sup> 3713 sayılı Kanun, Ek Madde 1/ (Değişik altıncı fıkra: 25/ 7/ 2016-KHK-668/ 4 md.; Aynen kabul: 8/ 11/ 2016-6755/ 4 md.)

*oluşum veya gruplara üyeliği, mensubiyeti veya iltisakı yahut bunlarla irtibatı olduğu ilgili valilerce tespit edilenler,*

- *Kanunun ek 1 inci maddesinin birinci fıkrada sayılan kurumlarda görev yapanlar,*
- *İstihdam hakkını sağlayan olayın meydana geldiği tarihten sonra söz konusu kurum ve kuruluşlarında görev yapmakta iken bu görevinden ayrılmış olanlar..."<sup>67</sup> olarak belirtilmiştir.*

Daha önceden ilgili maddede yer alan 45 yaşını doldurmamış olmak, 45 yaşından küçük kimse yoksa, bu durumda mevzuatın öngördüğü hallerde 45 yaşından büyüklerin istihdamının mümkün olacağı yönündeki düzenleme, 28/11/2017 tarihli ve 7061 sayılı Kanun'un 51. maddesi ile madde metninden çıkarılmıştır. Bu kapsamda artık 45 yaşından büyük hak sahipleri de başvuruda bulunabilecektir. Bu değişiklik ile 45 yaşın üzerindeki hak sahiplerinin kamuda istihdamının önü açılmıştır.

Atama onayı alınmasına rağmen göreve başlamayanlar ile ataması yapılanlardan görevlerinden ayrılanlar ile görevlerine son verilenlerin ise *yeniden* istihdam hakkından yararlanamayacağı kabul edilmektedir<sup>68</sup>.

Danıştay kararına konu olmuş bir olayda, 3713 sayılı Kanun'un Ek 1. maddesine göre hizmetli olarak açıktan ataması teklif edilen davacının, hırsızlık suçundan mahkum olduğu için 657 sayılı DMK'nin 48/A maddesinde belirtilen genel şartları taşımadığı gerekçesi ile Devlet memurluğuna atamasının yapılmamasına ilişkin işlemin iptali için açılan davada İdare Mahkemesi, Devlet memurluğuna alınma açısından hak yoksunluğunu ortadan kaldırmayacak nitelikte bir suç olduğu anlaşıldığından tesis olunan dava konusu işlemde hukuka aykırılık görülmediği gerekçesiyle davanın reddine karar vermiştir. Danıştay ise, davacının sözü edilen mahkûmiyetlerine bağlı olan hak yoksunluklarının, dava konusu işlemin tesis edildiği tarihten önce

<sup>67</sup> 3713 sayılı Kanun, Ek Madde 1/(5).

<sup>68</sup> <https://ailevecalisma.gov.tr/tr-tr/ssss/seyhit-yakinlari-ve-gazilere-yonelik-hizmetler-dairesi-baskanligi/is-hakki-uygulamalari/> E.T.: 01.07.2020.

aldığı memnu hakların iadesi kararları ile ortadan kalktığından, davacının memuriyete engel mahkûmiyetinin bulunduğu bahisle atamasının yapılmamasına ilişkin tesis edilen dava konusu işlemden hukuka uyarlık bulunmadığını belirterek, İdare Mahkemesi kararını bozmuştur<sup>69</sup>. 657 sayılı Kanunun 48/A-5 hükmünde affa uğramış olsa bile hırsızlık suçunun memuriyete engel olduğu açıkça düzenlenmiştir. Dolayısıyla memnu hakların iadesi gibi hukuki sonuçları affa göre daha hafif olan hukuki müesseselerin, hırsızlık suçunu işlemiş kişinin memuriyete girmesine imkân vermesi mümkün değildir.

3713 sayılı Kanun'un Ek 1. maddesinin 7. fıkrasına, 2014 yılında 6518 sayılı eklenen ek cümle ile *"Bu madde kapsamında atama teklifi yapılarak göreve başlayanlar, niteliklerini taşıdıkları veya eğitim durumları itibarıyla ihraz ettikleri unvanlara ilişkin kadro ve pozisyonlara, görev yaptıkları kamu kurum ve kuruluşlarınca atanabilir."* düzenlemesi getirilmiştir. Ancak bu hüküm, 14/04/2016 tarihli ve 6704 sayılı Kanun'un 12. maddesiyle, *"Bu madde kapsamında göreve başlayan personel, Devlet Personel Başkanlığı tarafından atama teklifinin yapıldığı tarihte öğrenim durumları itibarıyla ihraz ettikleri unvanlara ilişkin kadro veya pozisyonlara, kamu kurum ve kuruluşlarınca sınava tabi olmaksızın atanabilirler."* şeklinde değiştirilmiştir. Bu değişiklik ile bir kadroya yerleştirildikten sonra elde ettikleri eğitim durumlarına uygun unvanlara ilişkin kadrolara doğrudan atama konusunda idareye verilen takdir yetkisi kaldırılarak, atama tekliflerinin yapıldığı tarihteki öğrenim durumlarına göre bir kadroya atanmalarının zorunlu olduğu düzenlemesi yapılmıştır.

Daha sonra elde edilen eğitim durumlarına uygun bir kadroya atama yapılmasına ilişkin yapılan başvurunun reddine dair işleme açılan iptal davasında Danıştay, kanuni düzenleme ile idareye takdir yetkisi tanındığını, ancak görevde yükselme sınavına katılıp başarılı olmadığı gerekçesi ile reddedilen atanma talebinde isabet olmadığını, atanma talebinin idare tarafından takdir yetkisi kapsamında değer-

<sup>69</sup> Danıştay, 12.D., T. 19.09.2019, E. 2016/10508, K. 2019/6096 (Yayımlanmamış).

lendirilmesi gerektiğini ifade etmiştir<sup>70</sup>. Benzer bir atama talebine ilişkin Kamu Denetçiliği Kurumuna yapılan başvuruda da Kurum tarafından, idarenin bu konuda takdir yetkisinin bulunduğu ve idarenin sınırsız olmayan bu takdir yetkisini keyfi, orantısız, eşitliği ihlal edecek şekilde kullanıldığına ilişkin herhangi bir delil bulunmadığı gerekçesi ile hukuka aykırılık ve hak ihlali bulunmadığına karar verilmiştir<sup>71</sup>.

Görüldüğü üzere 2016 yılında gerçekleştirilen mevzuat değişikliği öncesinde atamadan sonra elde edilen eğitim durumlarına uygun atanmalarına ilişkin bir mecburiyet bulunmadığı, hem Danıştay hem de Kamu Denetçiliği Kurumu tarafından idarenin hukuka uygun bir şekilde bu takdir yetkisi doğrultusunda değerlendirme yapılabileceği yönünde kararlar verilmiştir. Ancak 2016 yılında gerçekleştirilen mevzuat değişikliği ile sonradan elde edilen eğitim durumlarına uygun bir kadroya atanma konusunda TMK'nin Ek 1. maddesine göre atanmalara ilişkin herhangi bir ayrıksı hüküm yer almadığı, bu madde kapsamındaki kişilerin sadece ilk defa atanmalarına ilişkin genel kamu görevlisi olma usulünden farklı bir düzenleme olduğu, daha sonradan yapılacak olan unvan değişikliğine ilişkin genel düzenlemelere tabi oldukları sonucuna ulaşılmaktadır.

Yukarıda yapılan açıklamalar gösteriyor ki, terörle mücadele kapsamında şehit olanların yakınlarının veya malul olacak şekilde yaralanan kişilerin kendilerinin ve/veya yakınlarının kamuda istihdamı konusu mevzuatımızla detaylı biçimde düzenlenmiştir. Devlet, terörle mücadelede canını verenlerin yakınlarının ve yaralanan kişilerin kendilerinin veya yakınlarının kamuda istihdamını kolaylaştıracak tedbirler almayı, sosyal devlet olmasının bir gereği olarak görmektedir. Hatta öyle ki, kamuda istihdam imkânından yararlanabilecek olan bu gruba giren hak sahiplerinin kapsamı geniş tutulmakta, kamu personel rejiminin olağan sistematüğinden daha farklı ve kolaylaştırıcı şartlar öngörülmektedir. Ancak bu gruba giren kişilerin, engellilerden

<sup>70</sup> Danıştay, 2.D., T. 12.03.2020, E. 2017/1309, K. 2020/1484 (Yayımlanmamış).

<sup>71</sup> TBMM Kamu Denetçiliği Kurumu, Şikayet No: 2016/1358, Karar Tarihi: 20.09.2016, <https://www.ombudsman.gov.tr> E.T.: 08.09.2020.

farklı olarak özel sektörde zorunlu olarak istihdam edilmelerine dair bir düzenlemenin de mevzuatımızda yer almadığını vurgulamak gerekir.

### 3. Sosyal Hizmet Modellerinden Yararlanan Kimselerin Kamuda İstihdamı

Anayasa'nın 10. maddesinde çocuklar için alınacak tedbirlerin eşitlik ilkesine aykırı sayılmayacağı ifade edilmiştir. Bu hüküm dışında Anayasa'nın pek çok maddesinde çocuklarla ilgili düzenleme yer almaktadır. Örneğin Anayasa'nın sosyal ve ekonomik hak ve ödevlerin düzenlendiği üçüncü bölümün ilk maddesi olan 41. maddenin başlığı "Ailenin korunması ve çocuk hakları"dır. Bu maddede çocukların korunması için Devlet tarafından gerekli tedbirlerin alınacağı ifade edilmiştir.

2828 sayılı Sosyal Hizmetler Kanunu (SHK)<sup>72</sup> uyarınca, korunmaya ihtiyacı olan çocuklar<sup>73</sup>, çocuk yuvaları veya yetiştirme yurtları gibi bazı sosyal hizmet modellerinden veya nakdi yardım hizmetlerinden yararlandırılmaktadırlar. Bu sosyal hizmet modellerinden reşit oluncaya kadar yararlanan kişilere, *"kurum bakımından ayrıldıktan sonra kamu kurum ve kuruluşlarında istihdam edilerek sosyal güvenceye ve düzenli bir gelire sahip olma imkânı"*<sup>74</sup> tanınmaktadır. Sosyal hizmet modellerinin herhangi birinden yararlanan kişilerin, reşit olduktan sonra kamuda işçi veya memur olarak istihdam edilmeleri ise, 1988

<sup>72</sup> RG. 27/5/1983-18059.

<sup>73</sup> Yönetmelik, Madde 3/(b): "b) "Korunmaya ihtiyacı olan Çocuk"; beden, ruh ve ahlak gelişimleri veya şahsi güvenlikleri tehlikede olup; 1. Ana veya babasız, ana ve babasız, 2. Ana veya babası veya her ikisi de belli olmayan, 3. Ana ve babası veya her ikisi tarafından terkedilen, 4. Ana veya babası tarafından ihmal edilip; fuhuş, dilencilik, alkollü içkileri veya uyuşturucu maddeleri kullanma gibi her türlü sosyal tehlikelere ve kötü alışkanlıklara karşı savunmasız bırakılan ve başıboşluğa sürüklenen çocuğu..."

<sup>74</sup> Aile, Çalışma ve Sosyal Hizmetler Bakanlığı verilerine göre 1988 yılından beri devam eden istihdam hakkı uygulaması kapsamında 43 bin 386 kişi kamu kurumlarında istihdam edilmiştir. <https://ailevecalisma.gov.tr/chgm/haberler/devlet-korumasi-altındaki-genclere-is-imkani/> E.T:03.07.2020.

yılında 3413 sayılı Kanun ile Sosyal Hizmetler Kanun'a eklenen Ek 1. madde<sup>75</sup> uyarınca mümkündür.

Sosyal hizmet modellerinden yararlanan çocukların kamuda istihdamlarına ilişkin usul ve esaslara ilişkin detaylı düzenlemeler ise Korunmaya Muhtaç Çocukların İşe Yerleştirilmesine İlişkin Tüzük<sup>76</sup>'te yer almaktaydı. Hâlihazırda bu konudaki ayrıntılar, Sosyal Hizmetler Kanunu Kapsamında Tanınan İstihdam Hakkının Kullanımına İlişkin Yönetmelik<sup>77</sup>'te düzenlenmiştir. Bu Yönetmelik de Sosyal Hizmetler Kanunu Kapsamında Tanınan İstihdam Hakkının Kullanımına İlişkin Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik<sup>78</sup> ile güncellenmiştir.

Sosyal Hizmetler Kanunu Kapsamında Tanınan İstihdam Hakkının Kullanımına İlişkin Yönetmelik'in 4. maddesinin<sup>79</sup> 1. fıkrasının (c)

---

<sup>75</sup> 2828 Sayılı Kanun, Ek Madde 1: *"Bu Kanun veya 5395 sayılı Kanun uyarınca haklarında korunma veya bakım tedbir kararı alınmış olup fasıllı olarak geçen yararlanma süreleri dâhil iki yıldan az olmamak üzere, Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığının sosyal hizmet modellerinden yararlanan çocuklardan reşit olduğu tarih itibarıyla bu hizmetlerden yararlanmaya devam edenlerin işe yerleştirilmeleri aşağıdaki usul ve esaslar çerçevesinde yapılır:*

*a) Kamu kurum ve kuruluşları tarafından hangi statüde olursa olsun serbest kadro ve pozisyonları toplamının binde biri, bu madde kapsamında istihdam edilecekler için ayrılır ve her yıl belirtilen oranda kişi istihdam edilir. Serbest kadro ve pozisyon toplamının binden az olması hâlinde dahi kamu kurum ve kuruluşlarında en az bir hak sahibi istihdam edilir.*

*b) Bu hükümden yararlanmak isteyenler, 18 yaşını doldurdukları ve korunma, bakım tedbir kararı veya bu Kanununun 24 üncü maddesinin birinci fıkrasının (b) bendinde belirtilen himaye onayının sona erdiği tarihten itibaren beş yıl içinde Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığına başvururlar. Bu madde hükümleri çerçevesinde Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığı tarafından hak sahibi olduğu onaylananlar Devlet Personel Başkanlığına bildirilir. Hak sahiplerinin atamaları il tercihleri de dikkate alınarak Başkanlıkça kura usulü ile yapılır. İşe yerleştirmede öncelik, sırasıyla lisans, ön lisans ve ortaöğretim mezunlarına verilir....*

*Birinci fıkra ile sağlanan istihdam hakkından sadece bir kez yararlanılabilir. Kamu kurum ve kuruluşlarına ait kadro ve pozisyonlara her ne surette olursa olsun yerleştirilenler bu maddede verilen hakkı kullanmış sayılır...."*

<sup>76</sup> RG. 02.03.1995-22218. Bu Tüzük, Korunmaya Muhtaç Çocukların İşe Yerleştirilmesine İlişkin Tüzüğün Yürürlükten Kaldırılması Hakkında Tüzük ile yürürlükten kaldırılmıştır. RG. 2017/10839.

<sup>77</sup> RG. 12.06.2014-29028.

<sup>78</sup> RG. 20.10.2018-30601.

<sup>79</sup> Sosyal Hizmetler Kanunu Kapsamında Tanınan İstihdam Hakkının Kullanımına İlişkin Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik ile değiştirilmiş.



bendi uyarınca hak sahibi; haklarında korunma veya bakım tedbir kararı alınmış olup, fasıllı olarak geçen yararlanma süreleri dahil, iki yıldan az olmamak üzere Aile, Çalışma ve Sosyal Hizmetler Bakanlığının sosyal hizmet modellerinden yararlanan çocuklardan, reşit olduğu tarih itibarıyla bu hizmetlerden yararlanmaya devam eden ve on sekiz yaşını doldurduğu ve korunma veya bakım tedbir kararının veya himaye onayının sona erdiği tarihten itibaren beş yıl içinde Bakanlığa başvuran kişi olarak belirlenmiştir.

Hak sahibi olabilmek için gereken ilk şart, çocuk hakkında koruma veya bakım tedbir kararı alınmış olmasıdır. SHK'nin 22. maddesine<sup>80</sup> göre, koruma kararının mahkeme kararı ile alınması gerekmektedir. Hakkında koruma kararı alınmış olan çocuk; reşit oluncaya kadar sosyal hizmet kuruluşlarında kalmış olabilir, koruyucu aile yanına yerleştirilmiş olabilir veya ailesinin yanında nakdi yardım imkânından faydalanmış olabilir.

Danıştay bir kararında, koruma kararı alınmış olup da ayni-nakdi yardım yapılarak ailesinin yanına bırakılmış olan korunmaya muhtaç çocukların da 10/02/1995 tarihli Bakanlar Kurulu kararı ile SHK'nin uygulanması için yürürlüğe giren Korumaya Muhtaç Çocukların İşe Yerleştirilmesine İlişkin Tüzük'ün "Yararlanacaklar" başlıklı 3. maddesi kapsamında değerlendirilmesi gerektiğine, hakkındaki koruma kararı kaldırılmasına rağmen ayni-nakdi yardım almaya devam eden davacının, bir başka sosyal hizmet modelinden yararlandığının anlaşılması karşısında istihdam talebinin reddedilmesi işleminin iptaline karar veren idare mahkemesi kararını onamıştır<sup>81</sup>.

Kamuda istihdam imkânından faydalanmak için hak sahipliği ile ilgili olarak Danıştay kararına konu bir olayda, kişinin kamuda istihdam talebinin reşit olana kadar çocuğun koruma altında bulunması

<sup>80</sup> 2828 sayılı Kanun, Madde 22: "*Korunmaya ihtiyacı olan çocukların reşit oluncaya kadar bu Kanun hükümlerine göre Kurumca kurulan sosyal hizmet kuruluşlarında bakılıp yetiştirilmeleri ve bir meslek sahibi edilmeleri hususundaki gerekli tedbir kararı 3/7/2005 tarihli ve 5395 sayılı Çocuk Koruma Kanununa göre yetkili ve görevli mahkemece alınır. Bu karar için gerekli belgeler Kurumca düzenlenir ve ilgili mahkemeye gönderilir.*"

<sup>81</sup> Danıştay, 10. D., T. 06.03.2017, E. 2016/15587, K. 2017/1213 (Yayımlanmamış).

gerektiği, oysaki davacının 14 yaşında iken koruma kararının nakdi yardım karşılığında kaldırılmasına karar verildiği, bu sebeple de bu imkândan faydalanamayacağı gerekçesi ile idare tarafından reddedilen talep, idare mahkemesi tarafından da hukuka uygun bulunmuştur. Ancak temyiz incelemesi esnasında Danıştay, korumaya muhtaç çocukların bu imkândan faydalanabilmesi için çocuk hakkında alınmış bir koruma kararı olması ve çocuğun reşit olduğu tarih itibarıyla ilgili sosyal hizmet modellerinin birisinden yararlanmaya devam etmesinin gerektiği ifade edilerek, davacının annesine çocuklar 18 yaşına gelene kadar nakdi yardımda bulunduğu gerekçesi ile dava konusu işlemi ve idare mahkemesi kararını hukuka uygun bulmamıştır<sup>82</sup>.

Bir diğer Danıştay kararında da, koruma altına alınan bir çocuğun, korunma ve bakım altına alınma şartlarını kaybettiğinden bahisle istihdam imkânından faydalandırılmamasında, korunma kararının kaldırılmasının mahkeme kararı ile olması gerektiği, Yurt Müdürlüğü tarafından reşit işlemi yapılarak kaydı kapatılmış olsa dahi, koruma kararının kaldırılması yönünde herhangi bir mahkeme kararı bulunmadığı için davacının talebinin reddi yönündeki işlem ve bu işlemi hukuka uygun bulan idare mahkemesi kararı hukuka uygun bulunmamıştır<sup>83</sup>.

Benzer yöndeki bir başka Danıştay kararına konu olayda da, mahkeme kararı ile koruma altına alınan davacının, kuruluştan ayrılış tarihi belirtilmeden başka bir ile nakledildiği ancak nakledildiği ilde de herhangi bir kayda rastlanılmadığı için kurum tarafından verilen hizmet modellerinden birinden reşit oluncaya kadar yararlandığına ilişkin herhangi bir bilgi ve belge bulunmadığı gerekçesi ile kişinin atanma talebinin reddine ilişkin işlemin iptal istemi İdare Mahkemesi tarafından reddedilmiştir. Ancak Danıştay, ilgili mevzuat hükümleri gereğince, koruma altına alınan çocuğun sosyal hizmet modellerinden yararlandırılması için gerekli işlemlerin yapılmasının kurumun görev

<sup>82</sup> Danıştay, 10.D., T. 09.04.2018, E. 2014/4039, K. 2018/1388 (Yayımlanmamış).

<sup>83</sup> Danıştay, 10.D., T. 17.11.2014, E. 2014/3984, K. 2014/6630 (Kazancı); Aynı yönde bir diğer Danıştay kararı için bkz: Danıştay 10.D., T. 22.12.2015, E. 2012/2630, K. 2015/6123 (Kazancı).

ve sorumlulukları arasında olduğunu, bu görev ve sorumluluğunu mevzuatta yer aldığı gibi yerine getirmeyen kurumun, ilgiliyi işe yerleştirilme hakkından salt bu nedenle yararlandırmamasının hak ve nesafet kuralları ile bağdaşmayacağını ifade ederek, İdare Mahkemesi kararının bozulmasına karar vermiştir<sup>84</sup>.

SHK'nin 22. ve 24. maddeleri gereğince korunma kararının alınması ve kaldırılması, mahkeme kararı ile olmak zorundadır. Bu kararlarda korunma kararının kaldırıldığına ilişkin bir mahkeme kararı bulunmadığı için Danıştay da kişi lehine olarak korumanın devam ettiğinin kabulü gerektiği yönünde kararlar vermiştir.

SHK'nin Ek 1. maddesi kapsamında hak sahibi olan kişilerin işe yerleştirilmelerinde, eğitim seviyesine göre atama yapılacak kadrolar değişiklik arz etmektedir. Ek 1. maddenin (ç) bendi uyarınca; Ek 1. madde kapsamına girenlerin yerleştirilmeleri; *“ortaöğretim ve daha üst öğrenim mezunları için kurumların talepleri doğrultusunda öğrenim durumları itibarıyla ihraz ettikleri unvanın 190 sayılı Kanun Hükmünde Kararname eki cetvellerde yer alması şartıyla ihraz etmiş bu-*

<sup>84</sup> *“...Dava konusu olayda; hakkında korunma kararı bulunun davacının reşit oluncaya kadar sosyal hizmet modellerinden herhangi birisinden faydalanmadığı açık olup; uyumsuzluk, salt bu nedenle davacının işe yerleştirilme hakkından yararlandırılmasının mümkün olup olmadığı noktasında toplanmaktadır. Yukarıda aktarılan mevzuat hükümleri uyarınca; bizzat Kurumun başvurusu üzerine Mahkemece koruma altına alınan çocuğun sosyal hizmet modellerinden yararlandırılması için gerekli işlemlerin yapılması, yapılan tüm bu işlemlere rağmen çocuğun kaçması ve bulunamaması vs. gibi bir sebepten dolayı bunun mümkün bulunmadığının saptanması ya da korunma şartlarının ortadan kalkması hâlinde korunma kararının kaldırılması için ilgili mahkemeden bunun talep edilmesi kurumun görev ve sorumlulukları arasındadır. Bu görev ve sorumluluğunu mevzuatta yer aldığı gibi yerine getirmeyen kurumun, ilgiliyi işe yerleştirilme hakkından salt bu nedenle yararlandırmaması hak ve nesafet kuralları ile bağdaşmayacaktır....Bu durumda, davacının koruma ve bakım altına alınma şartlarını kaybettüğinden bahisle, korunma kararının kaldırılması yönünde herhangi bir mahkeme kararının bulunmadığı gözönüne alındığında, davacının başvurusunun, kurum hizmetlerinden yararlanılmadığı, dolayısıyla Korunmaya Muhtaç Çocukların İşe Yerleştirilmesine İlişkin Tüzüğün 7. maddesinde aranan şartları taşımadığından bahisle reddine ilişkin işlemde ve bu işleme karşı açılan davayı reddeden İdare Mahkemesi kararında hukuka uyarlık bulunmadığı sonucuna varılmıştır.”* Danıştay, 12.D., T. 23.09.2019, E. 2016/10898, K. 2019/6147 (Yayımlanmamış); benzer yöndeki diğer bir karar için bkz: Danıştay, 12.D., T. 23.09.2019, E. 2016/11297, K. 2019/6137 (Yayımlanmamış).

*lundukları unvanlara, bunların dışında kalan ortaöğretim ve yükseköğretim mezunları için memur unvanlı kadro ve pozisyonlara, diğer öğrenim mezunları için ise yardımcı hizmetler sınıfında yer alan kadro ve pozisyonlara” yapılacaktır.*

Mevzuatla belirtilen şartları taşıyan ve istihdam hakkından yararlanmak isteyen kişiler, hak sahipliğinin tespiti amacıyla on sekiz yaşının doldurulması ve korunma veya bakım tedbir kararının kaldırılmasından veya himaye onayının sona erdiği tarihten itibaren beş yıl içerisinde Aile, Çalışma ve Sosyal Hizmetler Bakanlığı’na, Bakanlığın belirlediği usul ve esaslara göre başvururlar. Hak sahipliğinin tespiti, Kanunda yazılı şartların kontrol edilmesi suretiyle Bakanlıkça yapılır. Hak sahipliğinin tespitinde Bakanlık belge ve kayıtlarında yer alan bilgiler esas alınır.

Sosyal Hizmetler Kanunu Kapsamında Tanınan İstihdam Hakkının Kullanımına İlişkin Yönetmelik’in 8. maddesinde yapılan değişiklik uyarınca; *“Yerleştirme yapılacak kadro veya pozisyon sayısı bu Yönetmelik kapsamında yer alan kurumların serbest memur kadroları ile sözleşmeli personel pozisyonları ve sürekli işçi kadro sayısının toplamının binde biridir. Serbest kadro ve pozisyon toplamının binden az olması hâlinde dahi kamu kurum ve kuruluşlarında en az bir hak sahibi istihdam edilir.”*<sup>85</sup> Yine aynı Yönetmeliğin değişik 11. maddesine göre hak sahiplerinin yerleştirilmesinde kura yöntemi uygulanacak ve işe yerleştirmede sırasıyla lisans, ön lisans ve ortaöğretim mezunlarına öncelik verilecektir.

Görüldüğü üzere, korunmaya muhtaç çocukların işe alınmaları için merkezi sınav şartı öngörülmemiştir. Hizmete girmede KPSS şartı öngörülmemiş olsa da, mülga Tüzük ile her kamu kurum ve kuruluşunun kendi bünyesinde yapılacak bir sınavla işe yerleştirilmeleri esası benimsenmişti. Tüzüğün 9. maddesine<sup>86</sup> göre, korunmaya muhtaç

<sup>85</sup> Sosyal Hizmetler Kanunu Kapsamında Tanınan İstihdam Hakkının Kullanımına İlişkin Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik, Madde 5.

<sup>86</sup> Madde 9: *“Korunmaya muhtaç çocukların işe alınmalarına ilişkin olarak yapılacak sınavlar, kamu kurum ve kuruluşlarının ilgili yönetmeliklerindeki hükümlerine göre ayrı olarak yapılır ve değerlendirilir. Ancak, korunmaya muhtaç çocukların sınavla-*

çocukların tabi tutulacakları sınavlar iki şekilde olabilmekteydi. Bu kişiler ya kendileri için ayrı olarak hazırlanan sınavlara tabi tutulmakta ya da kurumların yapacakları genel sınavlara tabi tutulmakla birlikte, değerlendirmeler, kendi içinde ayrı olarak yapılmaktaydı. Bu düzenleme pozitif ayrımcılık bakımından önem arz etmekle birlikte, sınavın değerlendirmesinin ne şekilde yapılacağına dair somut kriterler öngörmemekteydi<sup>87</sup>.

Sosyal Hizmetler Kanunu Kapsamında Tanınan İstihdam Hakkının Kullanımına İlişkin Yönetmelik'in 13. maddesinin 3. fıkrası bu konuda önemli bir değişiklik getirmiştir. Buna göre; *"Adaylar kamu kurum ve kuruluşlarınca doğrudan atanırlar, kurumlarca ayrıca bir sınav yapılmaz."* Bu kapsamda mevcut düzenleme ışığında kurumların kendi bünyelerinde bir sınav yapması esası benimsenmemiştir. Atamada yalnızca kura usulü uygulanmaktadır.

Yapılan açıklamalar gösteriyor ki, Devlet, sosyal hizmet modellerinden yararlanan kimselerin kamuda istihdamını kolaylaştırıcı tedbirler alıp uygulamaktadır. Diğer gruplardan farklı olarak, sosyal hizmet modellerinden yararlanan kişilerin çalışma hayatına katılması daha güç olabilmektedir. Zira bu kişiler, henüz çocukluktan yeni çıkmış ve ekseriyetle hayata tek başına tutunmaya çalışan bir grubu teşkil etmektedirler. Bu kapsamda, devletin sadece kamuda değil özel sektörde de desteklemesi gereken önemli bir gruptur. Ancak bu grubun da özel sektörde istihdamını zorunlu hale getiren veya kolaylaştıran bir düzenleme mevzuatımızda yer almamaktadır.

---

*rı kamu kurum ve kuruluşlarının genel sınavlarıyla birlikte yapılmışsa, bu çocukların sınavları ayrı olarak ve kendi aralarında değerlendirir."*

<sup>87</sup> Ayrıca bu düzenlemede kamu kurum ve kuruluşları, istedikleri nitelikte korunmaya muhtaç çocuk bulunmaması durumunda yeniden isim belirleyerek bildirme yükümlülüğünden kurtulamayacağına ilişkin hüküm bulunmasına rağmen, kamu kurum ve kuruluşlarının bu yükümlülüklerini yerine getirmemesi nedeniyle işe yerleşmek üzere sırada bekleyen korunmaya muhtaç çocuk sayısında artış yaşandığı ifade edilmiştir. ERBAY, Ercüment/ALTINDAÇ, Özgür/ÇELİK, Mehmet Ali: "Sosyal Hizmetler Kanunu Kapsamında Kamu Kurum ve Kuruluşlarında İstihdam Edilenlerin Yaşam Kalitesi: Ankara İli Örneği", *Türkiye Sosyal Araştırmalar Dergisi*, Aralık 2018, Yıl 22, Sayı 3, s. 848.

## **B. Kamuda Yalnızca İşçi Olarak İstihdamı Zorunlu Olanlar**

Kamuda istihdam zorunluluğu getirilen kesimlerin bazılarının istihdamı işçi statüsünde gerçekleştirilmektedir. Kamuda işçi olarak istihdam zorunluluğuna ilişkin yasal dayanak İK'nin 30. maddesidir.

İK'nin 30. maddesi uyarınca, üç kesimin kamuda işçi statüsünde zorunlu istihdamı öngörülmektedir. Bunlar; engelliler, eski hükümlüler ve terörle mücadelede malul sayılmayacak şekilde yaralananlardır. Ancak şunu da belirtmek gerekir ki, terörle mücadelede malul sayılmayacak şekilde yaralananlar ile eski hükümlülerin kamuda istihdamı konusunda kamu işyerlerine bir tercihte bulunma imkânı getirilmiştir. Bir diğer ifade ile anılan maddedeki "*kamu işyerlerinde ise .... yüzde iki eski hükümlü işçiyi veya....*" ifadesi, kamu işyerlerinin % 2 oranında eski hükümlüyü veya terörle mücadelede malul sayılmayacak şekilde yaralananları istihdam etme zorunluluğu getirmektedir. Dolayısıyla kamu işyerleri % 2 oranında tamamen eski hükümlüyü veya terörle mücadeleye malul sayılmayacak şekilde yaralananları istihdam edebileceği gibi, her iki gruptan da toplam % 2 istihdam edebilecektir<sup>88</sup>.

### **1. Eski Hükümlülerin Kamuda İstihdamı**

DMK'nin 48. maddesi uyarınca devlet memuru olarak atanabilmek için aranan şartlardan biri de; "Türk Ceza Kanununun 53 üncü

---

<sup>88</sup> 4.7.2012 tarihli ve 6353 sayılı Kanunun 79. maddesiyle, bu maddenin 1. fıkrasında yer alan "*eski hükümlü işçiyi*" ibaresinden sonra gelmek üzere "*veya 21.6.1927 tarihli ve 1111 sayılı Askerlik Kanunu veya 16.6.1927 tarihli ve 1076 sayılı Yedek Subaylar ve Yedek Askeri Memurlar Kanunu kapsamına giren ve askerlik hizmetini yaparken 12.4.1991 tarihli ve 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanununun 21 inci maddesinde sayılan terör olaylarının sebep ve tesiri sonucu malul sayılmayacak şekilde yaralananları*" ibaresinin eklenmesinin, eski hükümlülerin istihdam edilebilirliğini olumsuz etkileyebileceği, bazı kurumların eski hükümlü yerine terörle mücadelede malul sayılmayacak şekilde yaralananları tercih edebileceği ifade edilmiştir. KARA, Tufan: *Eski Hükümlülerin İstihdamında Yaşanılan Güçlükler ve İşkur'un Bu Konudaki Rolü*, Uzmanlık Tezi, Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı Türkiye İş Kurumu Genel Müdürlüğü, Ankara, 2014, s. 26; benzer yönde; SAVAŞ, Gökhan/ ERYALÇIN, Talip: "Eski Hükümlülerin ve Denetimli Serbestlik Yükümlülerinin İstihdamı Üzerine Uygulamalı Bir Araştırma" *Toplum ve Sosyal Hizmet*, Nisan 2020, Cilt 31, Sayı 2, s. 342, <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/1072702> E.T.: 03.12.2020.

maddesinde belirtilen süreler geçmiş olsa bile; kasten işlenen bir suçtan dolayı bir yıl veya daha fazla süreyle hapis cezasına ya da affa uğramış olsa bile devletin güvenliğine karşı suçlar, Anayasal düzene ve bu düzenin işleyişine karşı suçlar, zimmet, irtikâp, rüşvet, hırsızlık, dolandırıcılık, sahtecilik, güveni kötüye kullanma, hileli iflas, ihaleye fesat karıştırma, edimin ifasına fesat karıştırma, suçtan kaynaklanan malvarlığı değerlerini aklama veya kaçakçılık suçlarından mahkûm olmamak” tır. Bu suçlar dışında hüküm giymiş olanların, diğer şartlar mevcutsa kamu personeli olarak göreve başlamasında yasal engel bulunmamaktadır.

Bununla beraber bazı suçlardan dolayı hüküm giymiş kişilerin kamu kurum ve kuruluşlarında işçi olarak zorunlu istihdam edilmelelerine imkân tanınmıştır. Sosyal devlet ilkesinin gerçekleştirilmesinde, hükümlüyü topluma yeniden uyum sağlayabilecek hale getirerek tekrar suç işlemesini önlemek için kişiye çalışma imkânı tanınması, önemli bir araç olarak kabul edilmektedir<sup>89</sup>. Eski hükümlüler, toplum tarafından duyulan güvensizlik ve önyargı sebebiyle, çalışma hayatı açısından ayrımcılıkla karşılaşma ihtimali yüksek olan kişilerdir<sup>90</sup>. Bu sebeple sosyal bir devlette çalışma hayatı açısından ayrıkısı düzenlemelerin yapılması gereği ile karşılaşmaktadır.

Bununla birlikte daha önceden mevzuat ile eski hükümlülerin özel sektörde de zorunlu istihdamları öngörülmüştü. Eski hükümlülerin özel sektörde istihdam zorunluluğu, ilk kez 1971 yılında İK’de düzenlenmiştir<sup>91</sup>. Ancak özel sektör için getirilmiş olan eski hükümlü istihdam zorunluluğu, 2008 yılında 5763 sayılı Kanun ile İK’nin 30. maddesinde yapılan değişiklik ile kaldırılmıştır<sup>92</sup>. Bu değişikliğin ge-

<sup>89</sup> ENGİN, Murat: “Suçu Önleyici Tedbirler Bağlamında Ceza İnfaz Kurumlarında Çalışma ve Eski Hükümlü İstihdamı”, *Çalışma İlişkileri Dergisi*, Temmuz 2012, Cilt 3, Sayı 2, s.25.

<sup>90</sup> ENGİN, s.31.

<sup>91</sup> ENGİN, s.31.

<sup>92</sup> İK’nin 30’uncu maddesinin 2008 değişikliği öncesi hali şu şekildedir: “İşverenler elli veya daha fazla işçi çalıştırdıkları işyerlerinde her yılın Ocak ayı başından itibaren yürürlüğe girecek şekilde Bakanlar Kurulunca belirlenecek oranlarda özürlü ve eski hükümlü ile 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanununun ek 1 inci maddesinin (B) fıkrası uyarınca istihdamı zorunlu olan terör mağduru işçiyi meslek, beden ve ruhi

nel gerekçesi, işveren üzerindeki zorlayıcı baskıyı azaltarak, kayıt dışı istihdamın önüne geçmek şeklinde özetlenebilir<sup>93</sup>. Şu an itibariyle eski hükümlülere ilişkin istihdam zorunluluğu sadece kamu kurum ve kuruluşları için vardır. Özel sektörde eski hükümlüler için istihdam zorunluluğu bulunmamakla birlikte, özel sektörü eski hükümlü istihdamına teşvik edici politikalar izlenmesi, eski hükümlülerin istihdam problemlerinin çözülmesinde önemli katkı sağlayacaktır<sup>94</sup>. Aynı zamanda bu yönde teşvik edici politikalar, sosyal devlet ilkesinin de bir gereği olarak değerlendirilmelidir. Bu kişilerin kamuda işçi olarak atanmalarının ilişkin yasal düzenleme, engellilerin istihdamında olduğu gibi, İK'nin 30. maddesindedir.

İK'nin 30. maddesine göre; *“İşverenler, elli veya daha fazla işçi çalıştırdıkları özel sektör işyerlerinde yüzde üç engelli, kamu işyerlerinde ise yüzde dört engelli ve yüzde iki eski hükümlü işçiyi ..... çalıştırmakla yükümlüdürler”*<sup>95</sup>. Eski hükümlü çalıştırmada asgari sayının tespitinde kamu kurum veya kuruluşunda çalışan tüm çalışanlar değil, yalnızca İK kapsamındaki işçilerin dikkate alınması, işyerinde çalışan memurlar, sözleşmeli personel ve geçici personellerin bu sayıya dahil edilmemesi gerekmektedir<sup>96</sup>. İK'nin 30. maddesinin son fıkrasında ise, *“Eski hükümlü çalıştırılmasında, kanunlardaki kamu güvenliği ile ilgili hizmetlere ilişkin özel hükümler saklıdır”* hükmü yer almaktadır.

İK'nin 30. maddesinde düzenlenmiş olan eski hükümlülerin zorunlu istihdamına ilişkin ayrıntılı düzenlemeler, Kamu Kurum ve Ku-

---

*durumlarına uygun işlerde çalıştırmakla yükümlüdürler. Bu kapsamda çalıştırılacak işçilerin toplam oranı yüzde altıdır...”; “Özel sektör işyerlerinin eski hükümlü istihdam etme yükümlüğünün bulunduğu son yıl olan 2007 yılında özel sektör işyerlerinde 4 bin 914 eski hükümlü, kamuda ise sadece 290 eski hükümlü işe yerleştirilmiştir.”* KARA, s. 23-24.

<sup>93</sup> Ayrıntılı değerlendirmeler için bkz: GÖÇOĞLU, Volkan: “Dezavantajlı Gruplar Üzerinde Yapılan Bir Kamu Politikası Sonlandırmasının Analizi: Eski Hükümlülerin Özel Sektördeki İstihdam Zorunluluğunun Kaldırılması”, *Uluslararası Sosyal Araştırmalar Dergisi*, Şubat 2015, Cilt 8, Sayı 36, s.854-855.

<sup>94</sup> GÖÇOĞLU, s.861.

<sup>95</sup> İK'nin 101. maddesi ile de; Kanun'un 30. maddesine aykırı olarak engelli ve eski hükümlü çalıştırmayan işveren veya kuruluşlarına idari para cezası uygulanacağı öngörülmüştür.

<sup>96</sup> BEDÜK, Mehmet Nusret: “Kamu Kurum ve Kuruluşlarında Eski Hükümlü İşçi Çalıştırılması”, *Kamu-İş*, 2010, Cilt 11, Sayı 2, s. 57.



ruleşlarına Eski Hükümlü veya Terörle Mücadelede Malul Sayılmayacak Şekilde Yaralananların İşçi Olarak Alınmasında Uygulanacak Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik'te<sup>97</sup> yer almaktadır.

İlgili Yönetmeliğin 4. maddesine göre eski hükümlü; *“Affa uğramış olsa bile Devletin güvenliğine karşı suçlar, anayasal düzene ve bu düzenin işleyişine karşı suçlar, millî savunmaya karşı suçlar, Devlet sırlarına karşı suçlar ve casusluk, cinsel saldırı veya çocuğun cinsel istismarı suçlarından mahkûm olmamak şartıyla; kasten işlenen bir suçtan dolayı bir yıl veya daha fazla süreyle hapis cezası alan ya da ceza süresine bakılmaksızın zimmet, irtikâp, rüşvet, hırsızlık, dolandırıcılık, sahtecilik, güveni kötüye kullanma, hileli iflas, ihaleye fesat karıştırma, edimin ifasına fesat karıştırma, suçtan kaynaklanan malvarlığı değerlerini aklama veya kaçakçılık suçlarından hüküm giyenlerden cezasını tamamlayanlar, cezası ertelenenler, koşullu salıverilenler, denetimli serbestlikten yararlananlardan eski hükümlü belgesi ile durumlarını belgelendirenleri”* kapsamaktadır.

Yönetmeliğin 5. maddesine göre eski hükümlülerin kamu kurum ve kuruluşlarında işçi olarak istihdam edilebilmesi için;

- 2527 sayılı Türk Soylu Yabancıların Türkiye'de Meslek ve Sanatlarını Serbestçe Yapabilmelerine, Kamu, Özel Kuruluş veya İşyerlerinde Çalıştırılabilmelerine İlişkin Kanun hükümleri saklı kalmak kaydıyla Türk vatandaşı olmak,

- 18 yaşını tamamlamış olmak,

- Kamu kurum ve kuruluşlarının özel kanunlarında yer alan özel şartları taşımak,

- 4 üncü maddenin birinci fıkrasının (a) bendinde tanımlandığı şekilde eski hükümlü olmak,

- Ortaöğretim ve üstü eğitim düzeyindeki işçi talepleri için KPSS sınavına girmiş olmak şartları aranmaktadır.

---

<sup>97</sup> RG. 19/09/2009-27354.

Ortaöğretim ve daha altı eğitim düzeyindeki işçi talepleri ile temizlik hizmetlerinde, güvenlik ve koruma hizmetlerinde, bakım onarım hizmetlerinde, eğitim şartı aranmaksızın kömür ve maden işletmelerinin yeraltı işlerinde çalıştırılacaklara ilişkin taleplere gönderilecek adaylar bakımından belirleme ise Yönetmeliğin 9. maddesinin ilk fıkrası uyarınca, *noter huzurunda çekilecek kura ile yapılacaktır. "Kura çekimi, talebi veren kamu kurum ve kuruluşu tarafından iş ilanında belirtilen gün, saat ve adreste noter huzurunda yapılır. Adaylar, istemeleri hâlinde kura çekimini izleyebilir."*<sup>98</sup>

Yönetmelikte 2018 yılında yapılan değişiklikle ön lisans ve lisans eğitim düzeyindeki işçi talepleri için KPSS'ye girme şartı aranmakla birlikte herhangi bir başarı puanı aranmayacağı hükme bağlanmıştır<sup>99</sup>. Danıştay da konu ile ilgili vermiş olduğu bir kararında; işyeri hizmet işçisi alımı mülakatında başarısız sayılan ve 1. yedek olarak belirlenen davacının işe başlatılması için yaptığı başvurunun reddine ilişkin işlemin, ilgili Yönetmelikte kamu kurumlarınca sözlü sınava ilişkin bir başarı puanı belirleneceğine dair bir düzenleme yer almadığından bahisle idare mahkemesince iptal edilmesi yönündeki kararını, sözlü sınavın tamamının iptalini istemekte menfaat ihlali şartı gerekçesiyle isabetsiz bulmuştur<sup>100</sup>.

Başka bir kararında da Danıştay, davacının katıldığı sözlü sınavın dayanağı olan Yönetmelik uyarınca, *"...yalnızca adayların başvurusunda sıralama ölçütü olan KPSS puanı için asgari başarı kriteri getirildiği, bunun dışında idarece yapılan sözlü sınav için ve KPSS puanı ile sözlü puanın belli bir yüzdesi alınmak suretiyle oluşturulan toplam puan için herhangi bir asgari puanın öngörülmediği, ...mevzuatta öngörülmediği halde başarı puanının 60 olarak belirlenmesinde ve toplam puanı 60*

<sup>98</sup> Yönetmelik, Madde 11/(1).

<sup>99</sup> Yönetmelik, Madde 9/(2): *"Önlisans ve lisans eğitim düzeyindeki işçi taleplerine başvurabilmesi için KPSS'ye girmiş olmaları yeterlidir; bunlar için herhangi bir puan barajı aranmaz."* Aynı Yönetmeliğin 10. Maddesinin ilk fıkrasının (a) bendi uyarınca da; *"Önlisans ve lisans eğitim düzeyindeki taleplere, KPSS puanıyla başvuran talep şartlarına uygun adaylar arasından, en yüksek KPSS puanından başlamak üzere açık iş sayısının dört katı,..."* ayrı listeler hâlinde kamu kurum ve kuruluşuna gönderilir.

<sup>100</sup> Danıştay, 12. D., T. 19.03.2015, E. 2013/11373, K. 2015/1280 (Yayımlanmamış).

puanın altında kaldığından bahisle davacının başarısız sayılmasına ilişkin işlemlerde” hukuka uygunluk bulunmadığı sonucuna ulaşarak, kişi lehine karar vermiştir<sup>101</sup>.

## 2. Terörle Mücadelede Malul Sayılmayacak Şekilde Yaralananların Kamuda İstihdamı

Terörle mücadelede malul sayılacak şekilde yararlanan ve/veya yakınları ile hayatını kaybedenlerin yakınlarınının 3713 sayılı Kanun’un Ek 1. maddesi kapsamında kamuda istihdam edilme usul ve esaslarından yukarıda bahsetmiştik. Bu başlık altında ise terörle mücadele kapsamında yaralanmış olmakla birlikte malul sayılmayacak olan kişilerin kamuda zorunlu istihdamları meselesine değinilecektir.

Terörle mücadelede malul sayılmayacak şekilde yaralananların kamuda istihdamı konusunda, İK’nin 30. maddesinde ve bu Kanuni düzenlemeye dayanılarak hazırlanmış Kamu Kurum ve Kuruluşlarına Eski Hükümlü veya Terörle Mücadelede Malul Sayılmayacak Şekilde Yaralananların İşçi Olarak Alınmasında Uygulanacak Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik<sup>102</sup>’te birtakım düzenlemeler yer almaktadır. İK’nin 30. maddesinde terörle mücadelede malul sayılmayacak şekilde yaralananları kamu işyerlerinin meslek, beden ve ruhi durumlarına uygun işlerde çalıştırmakla yükümlü oldukları ifade edilmiş; ancak bu konuya ilişkin ayrıntılı düzenlemelere yer verilmemiştir. Konuya ilişkin ayrıntılı düzenlemeler, Kamu Kurum ve Kuruluşlarına Eski Hükümlü veya Terörle Mücadelede Malul Sayılmayacak Şekilde Yaralananların İşçi Olarak Alınmasında Uygulanacak Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelikte yer almaktadır.

Yönetmeliğin 4. maddesinin (ğ) bendinde<sup>103</sup> yer alan düzenlemeye göre;

<sup>101</sup> Danıştay, 12. D., T. 28.11.2017, E. 2016/6795, K. 2017/6052 (Yayımlanmamış).

<sup>102</sup> RG. 19/09/2009-27354.

<sup>103</sup> Madde 4/ğ: “21/6/1927 tarihli ve 1111 sayılı Askerlik Kanunu veya 16/6/1927 tarihli ve 1076 sayılı Yedek Subaylar ve Yedek Askeri Memurlar Kanunu kapsamına giren ve askerlik hizmetini yaparken 12/4/1991 tarihli ve 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanununun 21 inci maddesinde sayılan terör olaylarının sebep ve tesiri so-

- Askerlik Kanunu veya Yedek Subaylar ve Yedek Askeri Memurlar Kanunu kapsamında askerlik hizmetini yaparken, TMK'nin 21. maddesindeki terör olayları sebebiyle malul sayılmayacak derecede yaralananlar,

- Malul sayılmayacak şekilde yaralandıklarına ilişkin sağlık raporu ile terörle mücadelede yaralandıklarını gösteren komutanlık yazısı ile durumlarını belgelendirmeleri halinde kamuda istihdam imkânından faydalanabileceklerdir.

Yönetmeliğin 5. maddesi kapsamında bu kişilerin kamuda işçi olarak istihdam edilebilmeleri için;

- 2527 sayılı Türk Soylu Yabancıların Türkiye'de Meslek ve Sanatlarını Serbestçe Yapabilmelerine, Kamu, Özel Kuruluş veya İşyerlerinde Çalıştırılabilmelerine İlişkin Kanun hükümleri saklı kalmak kaydıyla Türk vatandaşı olmak,

- 18 yaşını tamamlamış olmak,

- Kamu kurum ve kuruluşlarının özel kanunlarında yer alan özel şartları taşımak,

- Ortaöğretim ve üstü eğitim düzeyindeki işçi talepleri için KPSS sınavına girmiş olmak şartları aranmaktadır.

Terörle mücadelede malul sayılmayacak şekilde yaralananların kamuda istihdamı, eski hükümlülerin kamuda istihdamı ile ortak olarak, aynı yönetmelik ile düzenlenmiştir. Terörle mücadelede malul sayılmayacak şekilde yaralananlar da eski hükümlüler ile aynı usulle kamuda istihdam edilebileceklerdir.

Görülüyor ki, terörle mücadele kapsamında malul sayılan veya şehit olanların yanında, Devlet ayrıca, askerlik hizmetini yaparken terörle mücadelede malul sayılmayacak şekilde yaralananların da çalışma hayatına katılmasını kolaylaştırmayı tercih etmektedir. Bu şekilde Devlet, bu gruba giren kişilerin topluma karşı üstlenmiş oldu-

---

*nucu malul sayılmayacak şekilde yaralananlardan sağlık raporu ve terörle mücadelede yaralandığını gösteren komutanlık yazısı ile durumlarını belgelendirenleri”*

ğu külfetleri bir şekilde gidermeyi hedeflemekte ve kamuda memur veya diğer kamu görevlisi olarak olmasa da işçi statüsünde istihdam ederek sosyal adaleti sağlamaya çalışmaktadır.

## **SONUÇ**

Anayasa'nın 2. maddesinde Cumhuriyetin nitelikleri arasında sayılmış olan sosyal devlet ilkesinin gerçekleştirilebilmesi için Devlet tarafından zaman zaman mutlak eşitlik anlayışının aksine tedbirlerin uygulanması zorunlu olabilir. Sosyal devlet ilkesinin imkân ve fırsat eşitliğini gerektirmesi sebebiyle, Devlet tarafından sosyal ve ekonomik hak ve hürriyetlerden herkesin faydalanabilmesi adına bazı kesimlere ayrıcalıklı imkânlar tanınması gerekebilir. Bu kapsamda çocuk, engelli, şehit ve gaziler veya bunların yakınları gibi hassas kesimlere Devlet tarafından sunulan ayrıcalıklar, pozitif ayrımcılık olarak kabul edilecek ve Anayasa'nın 10. maddesi kapsamında da ifade edildiği üzere eşitlik ilkesine aykırı olmayacaktır.

Sosyal ve ekonomik hak ve hürriyetlerden biri olan ve Anayasa'nın 49. maddesinde düzenlenmiş olan çalışma hakkından herkesin faydalanabilmesi için Devlet, hem kamuda hem de özel sektörde istihdama yönelik bazı tedbirler alabilir. Devlet tarafından alınan bu tedbirler çerçevesinde toplumsal olarak korunması gereken hassas kesimler için birtakım ayrıcalıklar getirilerek, bu kişilerin çalışma hayatına katılımlarını sağlayıcı hukuki düzenlemeler yapılmış ve bu kapsamda, kamuda ve özel sektörde istihdam zorunluluğu getirilmiştir.

Devlet tarafından hassas kesimlerin istihdama katılımlarını sağlamak adına yürütülen zorunlu istihdam politikaları hukukumuzda; terörle mücadele kapsamında malul sayılanlar ve/veya yakınları ile hayatını kaybedenlerin yakınları, engelliler, sosyal hizmet modellerinden yararlananlar, terörle mücadelede malul sayılmayacak şekilde yaralananlar ve eski hükümlüler için kabul edilmiştir. Bahsedilen her bir grup bakımından istihdamın ne şekilde gerçekleştirileceği, istih-

dam edilecek kişilerde aranan kriterler, adayların sınava tabi olup olmadıkları, başvuruların ne şekilde yapılacağı gibi pek çok konuyu içeren ayrıntılı hukuki düzenlemeler bulunmaktadır. Tüm bu düzenlemelerde temel ortak hedef, bahse konu kesimlerin çalışma hayatına katılmalarını kolaylaştırmak ve bu vesile ile sosyal adaleti tesis etmektir.

Sosyal adaleti gerçekleştirmek için kamuda istihdamı zorunlu hale getirilen bu kesimlerin bazıları kamuda hem memur veya diğer kamu görevlisi hem de işçi olarak istihdam edilirlerken; bazıları ise kamuda yalnızca işçi olarak istihdam edilebilirler. Bununla beraber Devlet tarafından yürütülen zorunlu istihdam politikasına, bazen özel sektörün de dahil edildiği görülmektedir. Ülkemizdeki yasal düzenlemeleri incelediğimizde özel sektör için istihdam zorunluluğu getirilen tek grubun engelliler olduğu; daha önceden eski hükümlüler için var olan özel sektördeki istihdam zorunluluğunun ise 2008 yılında kaldırıldığı görülmektedir.

Kamuda istihdamı zorunlu olan kesimlerin, istihdam edilecekleri oranlar ve göreve atanma koşulları, usulleri ayrı ayrı düzenlenmiştir. Bu kesimlerin istihdamlarında % 2, % 4 gibi farklı oranlar bulunmaktadır. Bununla birlikte bazı kesimler, atamada sınav usulüne tabi tutulmuşken, bazı kesimlerin atamaları sınavsız doğrudan yapılabilenekte, bazı kesimlerin atanması için ise kura usulü uygulanmaktadır.

Kamuda işçi olarak istihdamları zorunlu olan kesimlerden bazıları için (engelliler) ayrı bir kadro oranı öngörülürken; bir kısmı için ise (eski hükümlüler ve terörle mücadelede malul sayılmayacak derecede yaralananlar) istihdam edilecekleri oranlardan bahsedilirken arada “veya” ifadesi kullanılarak, kamu işyerlerine her iki gruptan bir tanesini seçme imkânı verildiği görülmektedir.

Sonuç itibariyle, sosyal adaletin gerçekleştirilmesi için zorunlu bir tedbir olan kamuda zorunlu istihdam politikasının uygulanmasına yönelik her bir kesim için farklı, ayrıntılı yasal düzenlemelerin bulunduğu tespit edilmiştir. Bununla birlikte, bu kesimlere ilişkin hukuki düzenlemelerin çok dağınık olduğu da bir gerçektir. Ayrıca her bir

kesimin istihdam usulü de birbirinden çok farklıdır. Zorunlu istihdam politikası uygulanan kesimlerin aralarındaki farklılıkları dikkate alarak, benzer bir usulün uygulanması ve mevzuatın daha toplu hale getirilmesi faydalı olacaktır.

Ayrıca ilgili mevzuatta eski hükümlüler ile terörle mücadelede malul sayılmayacak şekilde yaralananlar için ayrı ayrı kadrolar öngörülmesi sosyal adaletin gerçekleştirilmesinde daha etkili olacaktır. Mevcutta olduğu gibi eski hükümlüler ve terörle mücadelede malul sayılmayacak şekilde yaralananlar için alternatifli düzenleme, işyerleri tarafından terörle mücadelede malul olmayacak şekilde yaralanan kişilerin tercih edilmesi sonucunu doğurabilecektir. Bu durum da eski hükümlülere çalışma imkânı tanınarak topluma kazandırılmasında olumsuz bir netice ortaya çıkarabilecektir.

Bununla birlikte kamuda istihdam zorunluluğu getirilen bu kesimlerin genel sınav uygulamasından farklı bir sınav uygulaması ile veya sınavsız hatta kura ile kamu görevine atanmaları, 657 sayılı Kanun'un 3. maddesinde ifade edilen liyakat ilkesine aykırı olduğu izlenimini uyandırsa da; bu atamalar, sosyal adaletin gerçekleştirilmesi için bir zorunluluktur. Ancak istihdam zorunluluğu getirilen kesimlerin atandıkları görevlerin kendi eğitim ve niteliklerine uygun seçilmesi ve meslek içi eğitimler ile istihdam edildikleri kadro ve pozisyonların işleyişine uyum sağlamaları, kamu hizmetinin işleyişine de olumlu katkı sağlayacaktır.

Devletin çalışma hayatına ilişkin sosyal adaleti gerçekleştirebilmesi için, yalnızca kamuda zorunlu istihdam politikası izlemesi yeterli görülmemelidir. Aynı zamanda Devlet tarafından özel sektörde istihdam zorunluluğu getirilmese dahi, özel sektörde istihdamı teşvik edici birtakım tedbirler alınması gerekmektedir. Çalışmamız kapsamında da tespit edildiği üzere, hem özel sektörde hem de kamuda zorunlu istihdama ilişkin olarak yalnızca engelliler için zorunlu istihdam yasal olarak ele alınmıştır. Diğer grupların da özel sektörde istihdamı konusunda en azından teşvik edici tedbirlerin alınması, sosyal adaletin temini açısından gerekliliktir.

## **KAYNAKÇA**

- AKYILMAZ, Bahtiyar/SEZGİNER, Murat/KAYA, Cemil: Türk İdare Hukuku, 11. Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara, 2019.
- BEDÜK, Mehmet Nusret: “Kamu Kurum ve Kuruluşlarında Eski Hükümlü İşçi Çalıştırılması”, Kamu-İş, 2010, Cilt 11, Sayı 2, s.47-87.
- BOZKURT, Tamer, “Anayasa Mahkemesi’nin 4857 Sayılı İş Kanunu’ndaki Engelli ve Eski Hükümlü Çalıştırma Zorunluluğunun Anayasa’ya Uygun Olduğuna Dair Verdiği Karar Üzerine Düşünceler”, Ankara Barosu Dergisi, Bahar 2009, Yıl 67, Sayı 2, s. 98-105.
- ÇAKMAK, N. Münci: “Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sistemi ve Engellilere Yönelik Düzenlemeler”, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2019, Cilt XXIII, Sayı 3, s. 265-284.
- ÇEBİ, Sezgin Seymen: Sosyal Adalet-Tarihsel ve Kuramsal Bir Bakış, 1. Baskı, On İki Levha, İstanbul, Ekim 2012.
- ÇINARLI, Serkan: Engellilere Yönelik Kamu Hizmetleri,1. Baskı, Kazancı Hukuk Yayımevi, İstanbul, Şubat 2010.
- ENGİN, Murat: “Suçu Önleyici Tedbirler Bağlamında Ceza İnfaz Kurumlarında Çalışma ve Eski Hükümlü İstihdamı”, *Çalışma İlişkileri Dergisi*, Temmuz 2012, Cilt 3, Sayı 2, s. 24-35.
- ERBAY, Ercüment/ALTINDAĞ, Özgür/ÇELİK, Mehmet Ali: “Sosyal Hizmetler Kanunu Kapsamında Kamu Kurum ve Kuruluşlarında İstihdam Edilenlerin Yaşam Kalitesi: Ankara İli Örneği”, *Türkiye Sosyal Araştırmalar Dergisi*, Aralık 2018, Yıl 22, Sayı 3, s. 845-874.
- ERSÖZ, Halis Yunus, Sosyal Politika, 2010, [http://auzefkitap.istanbul.edu.tr/kitap/sosyalhizmetler\\_ao/sosyalpolitika.pdf](http://auzefkitap.istanbul.edu.tr/kitap/sosyalhizmetler_ao/sosyalpolitika.pdf)
- GÖÇÖĞLU, Volkan: “Dezavantajlı Gruplar Üzerinde Yapılan Bir Kamu Politikası Sonlandırmasının Analizi: Eski Hükümlülerin Özel Sektördeki İstihdam Zorunluluğunun Kaldırılması”, *Uluslararası*



*Sosyal Araştırmalar Dergisi*, Şubat 2015, Cilt 8, Sayı 36, s. 840-863.

GÖZE, Ayferi: *Liberal Marxiste Faşist Nasyonel Sosyalist ve Sosyal Devlet*, Genişletilmiş-Gözden Geçirilmiş 4. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul, 2005.

GÖZLER, Kemal: *Türk Anayasa Hukuku Dersleri*, Güncelleştirilmiş 13. Baskı, Ekin Yayınları, Bursa, 2012.

GÖZÜBÜYÜK, A. Şeref: *Anayasa Hukuku*, Turhan Kitabevi, Ankara, 2010.

İZGİ, Ömer/GÖREN, Zafer: *Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Yorumu*, 1. Baskı, TBMM Basımevi, Ankara, 2002.

KARA, Tufan: *Eski Hükümlülerin İstihdamında Yaşanılan Güçlükler ve İşkur'un Bu Konudaki Rolü*, Uzmanlık Tezi, Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı Türkiye İş Kurumu Genel Müdürlüğü, Ankara, 2014.

KÖME AKPULAT, Ayşe: “İşverenin Engelli İşçi Çalıştırma Yükümlülüğü”, *İstanbul Hukuk Mecmuası*, 2019, Cilt 77, Sayı 2, s. 523-553.

ÖZBUDUN, Ergun: *Türk Anayasa Hukuku*, 17. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2017.

POYRAZ, Emel/EYİDİKER, Uğur: *Engelli Bireylerin Kamuda İstihdamının Hukuksal İncelemesi*, in *Engellilerin İstihdamı ve Sosyal Koruma*, Türk Metal Sendikası Araştırma ve Eğitim Merkezi Yayın No: 33, Ankara, Ekim 2019.

RUHİ, M. Emin: *1982 Anayasası Çerçevesinde Sosyal Devlet ve Özelleştirme*, 1. Baskı, Nobel Yayınevi, Ankara, 2003.

SAVAŞ, Gökhan/ ERYALÇIN, Talip: “Eski Hükümlülerin ve Denetimli Serbestlik Yükümlülerinin İstihdamı Üzerine Uygulamalı Bir Araştırma” *Toplum ve Sosyal Hizmet*, Nisan 2020, Cilt 31, Sayı 2, s. 336-367.

SUNAL, Onur: “Sosyal Politika: Sosyal Adalet Açısından Kuramsal Bir Değerlendirme”, *Ankara Üniversitesi SBF Dergisi*, 2011, Cilt 66, No 3, s. 283-305.

ŞEN, Mustafa: “Türkiye’de Engellilere Yönelik İstihdam Politikaları: Sorunlar ve Öneriler”, *Sosyal Güvenlik Dergisi*, Aralık 2018, Cilt 8, Sayı 22, s.129-152.

<http://www.dergipark.org.tr/tr/>

<https://sozluk.gov.tr>

[www.ailevecalisma.gov.tr](http://www.ailevecalisma.gov.tr)

[www.anayasa.gov.tr](http://www.anayasa.gov.tr)

[www.kazanci.com.tr](http://www.kazanci.com.tr) (Kazancı)

[www.mevzuat.gov.tr](http://www.mevzuat.gov.tr)



## **DİSİPLİN SORUŞTURMALARI BAKIMINDAN HUKUKİ GÜVENLİK VE BELİRLİLİK İLKELERİ**

*The Principles of Legal Security And Certainty In Terms Of Disciplinary  
Investigations*

**Dr. Bahattin ARAS\***

### **ÖZET**

Hukuki istikrarın ve uygulama birliğinin önem arz ettiği alanlardan biri olan disiplin hukukunda hukuki güvenlik ve belirlilik ilkelerinin varlığı keyfi uygulamaların önüne geçecektir. İdarenin idari düzeni ve kamuya olan güveni tesis etmesi için getirilmiş olan disiplin kurallarının amacı dışında kullanılmaması için bu ilkelerin belirli ve açık olmasının yanı sıra disiplin uygulamalarının da bu nispette öngörülebilir olması gerekir. Disiplin kurallarının keyfi yorumlarla bir baskı aracına dönüştürülerek bireylerin aleyhine kullanılması, uygulama birliğinin olmaması ve disiplin sürecinde takdir hakkının kötüye kullanılması suretiyle disiplin uygulamalarının hukuki denetimin etkisiz kılınması hukuk devleti ilkesi ile de uyuşmadığı açıktır. Bu nedenle disiplin süreçlerinde belli istikrarın temini ve bireyin ve toplumun güven duygusunun zarar görmemesi için bu ilkelerin esas tutulduğu mevzuat ve uygulamalar gereklidir.

**Anahtar Kelimeler:** Hukuki Güvenlik, Hukuki Belirlilik, Kanunilik İlkesi, Disiplin Soruşturması, Yasal Düzenleme

---

\* Dr., Freelance Editör/Danışman  
E-Posta: bahattinaras2018@gmail.com  
Orcid: 0000-0002-3551-7363

## **ABSTRACT**

The existence of legal security and certainty principles will prevent arbitrary practices in disciplinary law, which is one of the areas where legal stability and unity of implementation are important. In order to prevent the misuse of the disciplinary rules introduced for the administration to establish the administrative order and trust in the public, not only disciplinary principles should be specific and clear, but also disciplinary practices should be predictable within this frame. It is clear that disciplinary practices do not comply with the rule of law, if disciplinary rules are used against individuals with arbitrary interpretations that will turn them into a means of repression, the absence of unity of implementation, and the ineffectiveness of legal supervision due to the abuse of discretion. For this reason, legislation and practices based on these principles are necessary in order to ensure certain stability in disciplinary processes and to protect the sense of trust of the individual and society.

**Key Words:** Legal Security, Legal Certainty, Disciplinary Investigation, Principle of Legality, Legal Arrangement

## **GİRİŞ**

Hukuk devleti, devlet ve insan faaliyetlerine yön veren, yönetilenlere hukuk güvenliği sağlayan ilkeler bütünüdür. Hukuk devletinin bünyesinde barındırdığı bu ilkeler, devletin organ ve kurumları bakımından birer sınırlama niteliği taşıırken, vatandaşlar açısından hukuki güvenlik içinde yaşamının araçları olarak işlev görmektedir. Diğer bir ifade ile devlet ile birey arasında güven ilişkisini tesis eden temel ilkelerdir<sup>1</sup>.

Çağdaş hukuk devletinde hukuk kurallarında sık sık değişiklikler yapılarak hukuki istikrarı ve belirliliği yok eden kurallar ihdas edil-

---

<sup>1</sup> ÇAĞLAR, Selda, Hukuk Devleti Açısından Hukuki Belirlilik - Hukuk Güvenliği İlişkisi, Kamu Hukukçuları Platformu, Hukuk Güvenliği, Haz. Doç. Dr. Ece Göztepe, 8-9 Kasım 2013 Ankara, Türkiye Barolar Birliği Yayınları : 277, s.49

memesi, geriye yürüyen kuralların kazanılmış haklara dokunmadan bireylerin temel hak ve özgürlüklerini güvence altına alması gerektiğini ifade eden hukuki güvenlik ilkesi, temel haklarda korunan ortak bir değer ve hukuk devleti ilkesinin olmazsa olmaz koşuludur. Bu niteliğinden dolayı Anayasanın bütününe egemen olan temel bir ilke görünümünde olduğu kabul edilmektedir<sup>2</sup>. Zira hukuk devleti hukuk normlarının öngörülebilir olmasını, bireylerin tüm işlem ve eylemlerinde devlete güven duyabilmesini, devletin de yasal düzenlemelerinde bu güven duygusunu zedeleyici yöntemlerden kaçınmasını gerektirir. Bu durum da devletin her işlem ve eyleminde hukuki güvenlik ilkesinin esas alınmasını gerektirmektedir<sup>3</sup>.

Hukuki belirlilik ilkesi ise hukuk düzeniyle ilişki içindeki bireylerle devlet gücü tarafından yapılacak uygulamaları önceden görme imkânı sunacak düzeyde açık, anlaşılır, erişilebilir, sürekli, düzenli, tutarlı ve geleceğe yönelik yasal düzenlemelerin yürürlükte olduğu bir hukuk sistemini önceleyen, kamusal gücün kullanımını hukuk kurallarına bağlayarak öngörülebilirliği sağlamayı amaçlayan bir ilkedir. Birtakım koşullara bağlı olarak anlam kazanan hukuki belirlilik ilkesinin “erişilebilirlik” ve “kesinlik” şeklinde gruplandırılabilir iki unsur üzerine inşa edildiğini söylemek mümkündür. Bu noktada hukukun erişilebilirliği, yasal düzenlemelere fiilen ulaşabilme/elde edebilme imkânına sahip olmayı ve metinlerin anlamına erişimi ifade eder. Hukukta kesinlik ise, hukuksal güvenlikle yakın ilişki içinde olup kişilerin yasadan belirli bir kesinlik düzeyinde, hangi somut eylem ve olguya hangi hukuksal yaptırımın veya sonucun bağlandığını, bunların idareye hangi müdahale yetkisini doğurduğunu bilebilmesini sağlayan bir unsurdur<sup>4</sup>.

Hukukun her alanında olduğu gibi disiplin hukuku alanında da mevzuat hükümleri ile idari işlem ve kararların hukuki belirlilik ve

<sup>2</sup> OĞURLU, Yücel, *İdare Hukukunda Kazanılmış Haklara Saygı ve Haklı Beklentiler Sorunu*, 1. B., Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2003, s. 39; ALTUNDIŞ, Mehmet, *Hukuki Güvenlik İlkesi*, *Yasama Dergisi*, Y.2008, S.10, s.61

<sup>3</sup> ALTUNDIŞ, s.61

<sup>4</sup> ÇAĞLAR, s.54-59

güvenlik ilkelerine uygun olması gerekmektedir. Disiplin sürecinin bir baskı ve keyfiliğe dönüşmeden idari düzenin devamına ve verilen kamu hizmetinin kalitesinin muhafazasına katkı sağlayabilmesi bakımından bireyin ve idarenin öngörebildiği açık uygulama ve mevzuata ihtiyaç vardır. Disiplin soruşturmasının bu ilkelere uygun olarak yürütülmesi adil ve hakkaniyete uygun bir disiplin soruşturması bakımından bir gerekliliktir. Bu çalışmada genel olarak hukuki belirlilik ve öngörülebilirlik ilkelerinin içerik ve kapsamı ile disiplin hukuku bakımından uygulanma esasları ele alındıktan sonra 2802 sayılı Hakimler ve Savcılar Kanunu'nun bu ilkelere aykırı hükümleri ile Hakimler ve Savcılar Kurulu'nun (HSK) bu ilkelere aykırı uygulamalarından kaynaklı yaşanan sorunlar ve oluşan hak ihlalleri, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Anayasa Mahkemesi kararları<sup>5</sup> ile Danıştay uygulamaları ışığında değerlendirilecektir.

## **I-) YARGILAMA HUKUKUNDA HUKUKİ GÜVENLİK ve BELİRLİLİK İLKELERİ**

### **A-) GENEL OLARAK HUKUKİ GÜVENLİK VE BELİRLİLİK İLKELERİ**

Hukuk devletinin, eylem ve işlemleri hukuka uygun, insan haklarına dayanan, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, her alanda adil bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, Anayasa'ya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, hukukun üstün kurallarıyla kendini bağlı sayan, yargı denetimine açık olan devlet olduğu Anayasa'nın 2. maddesinde belirtilmiştir. Anayasa'nın 2. maddesinde yer alan hukuk devletinin temel ilkelerinden biri "*belirlilik*" ilkesidir. Belirlilik ilkesi, yalnızca yasal belirliliği değil, daha geniş anlamda hukuki

<sup>5</sup> Çalışmamızda atıf yapılan AİHM kararlarının orijinal metnine "<https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22documentcollectionid%22:%5B%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22%5D%7D>"; Anayasa Mahkemesi kararlarının orijinal metnine "<https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/>" adresinden dosya adını yazmak suretiyle ulaşabilirsiniz. Bu nedenle atıf yapılan her bir karar bakımından bu sayfalara tekraren atıf yapılmamıştır.

belirliliği de ifade etmektedir. Yasal düzenlemeye dayanarak erişilebilir, bilinebilir ve öngörülebilir gibi niteliksel gereklilikleri karşılması koşuluyla, mahkeme içtihatları ve yürütmenin düzenleyici işlemleri ile de hukuki belirlilik sağlanabilir. Burada asıl olan muhtemel muhataplarının mevcut şartlar altında belirli bir işlemin ne tür sonuçlar doğurabileceğini öngörmelerini mümkün kılacak bir normun varlığıdır.

Demokrasinin temel ölçüt olarak öngörüldüğü hukuk devletinde, kuvvetler ayrılığı ilkesi, yargısal denetim, yargı bağımsızlığı ve hakimlik teminatı gibi hukuki müesseseler ile masumiyet karinesi, kazanılmış haklara saygı, eşitlik gibi temel hukuk ilkeleri olmazsa olmaz kriterlerdir. Hukuk devleti kavramını belirleyen kriterler arasına son dönemde “*Hukuk güvenliği*” ve “*Hukuki belirlilik*” başlıkları altında iki önemli ilke daha girmiştir. Mevcudiyetinin kaynağını Anayasanın 2. maddesinden alan bu iki ilkeye ilişkin olarak **Anayasa Mahkemesi 2015/94 Esas, 2016/27 Karar ve 7.4.2016 tarihli** kararında önemli tespit ve değerlendirmeler yapmıştır. Karara göre: “*Anayasanın 2’nci maddesinde yer alan hukuk devletinin temel ilkelerinden biri belirliliktir. Bu ilkeye göre kanun düzenlemelerinin hem kişiler hem de idare yönünden herhangi bir tereddüde ve şüpheye yer vermeyecek şekilde açık, net, anlaşılır ve uygulanabilir olması ayrıca kamu otoritelerinin keyfi uygulamalarına karşı koruyucu tedbirler içermesi de gereklidir. Belirlilik ilkesi, hukuki güvenlikle bağlantılı olup birey hangi somut eylem ve olguya hangi hukuki müeyyidenin veya neticenin bağlandığını, bunların idareye hangi müdahale yetkisini doğurduğunu bilmelidir. Birey ancak bu durumda kendisine düşen yükümlülükleri öngörebilir ve davranışlarını belirler. Hukuk güvenliği, normların öngörülebilir olmasını, bireylerin tüm eylem ve işlemlerinde devlete güven duyabilmesini, devletin de yasal düzenlemelerde bu güven duygusunu zedeleyici yöntemlerden kaçınmasını gerekli kılar. Hukuk Devletinin unsurları doktrinde de belirlenmiş olup, bunlardan konuyla ilgili iki tanesi ‘Hukuki Güvenlik’ ve ‘Belirlilik’ ilkeleridir. Bireyin devlete güven duyması, ancak hukuki güvenliğin sağlandığı bir hukuk devleti düzeyinde mümkün olabilecektir. Anayasada öngörülen temel hak ve hür-*



*riyetlerin kullanılması ve insan haklarının insan hayatına egemen kılması için Devlet, bireylerin hukuka olan inançlarını ve güvenlerini korumakla yükümlüdür.”*

Anayasa Mahkemesi'nin kararında da vurgulandığı üzere hukuk devletinin unsurlarından olan *“hukuki güvenlik”* ilkesi, devlet faaliyetlerinin önceden tahmin edilebilir, öngörülebilir olmasını ve takdir yetkisini zorlayan, keyfiliğe yol açacak kural ve uygulamalara yer verilmemesini ifade etmektedir. *“Belirlilik ilkesi”* ise, maddi hukuk ve usul kurallarının önceden öngörülebilir bir açıklıkta olmasını ve kişilerin haklı beklentilerini bertaraf etmeyecek düzenlemeler yapılmasını kapsamaktadır. Aksi takdirde, yetkilerin sınırlarının belirsizliği, takdir yetkisinin keyfiliğe dönüşmesi sonucunu doğuracak ve kanunun verdiği ucu açık yetki kullanımıyla tesis edilen işlemlerin hukuki denetimi de yasal engel nedeniyle gerektiği gibi yerine getirilemeyecektir.

### **1-) Hukuki Güvenlik ve Belirlilik İlkelerinin Amacı**

Hukuki güvenlik ve belirlilik ilkelerinin nihai amacı, yargısal istikrarın kazanılması ve bireyin devlete olan güvenini korumaktır. Hukuk kurallarının kişiler tarafından öngörülebilir olması ve kişilerin hukuk düzenine, dolayısıyla devlete olan güven ve bağlılığı, hukuk güvenliği bilinciyle mümkün olabilir. Hukuk devleti ise bu kuralların sözde değil, özde uygulandığı yönetim düzenini ifade ettiğinden, slogan niteliğinde kulağa hoş gelen hukuk kurallarının olması tek başına yeterli olmayıp o kuralların uygulanmasındaki metot, adalete olan güveni sarsıyorsa, hukuk güvenliği bilinci de sarsılmış olacaktır.

Bu noktada adil yargılama hakkı ve buna ilişkin temel kuralların defalarca ve ısrarla ihlal edildiği, yargılama devam ederken dahi toplumda yaygın şekilde tartışılan özel görevli mahkemelerin ve sulh ceza hakimliklerinin uygulamaları, yargısız infaza dönüşmüş, makul sürenin üstündeki tutukluluk süreleri, dünya hukuk tarihine geçen gizli tanık uygulamaları başta olmak üzere, ceza yargılamasında sanıktan delile gidilmesi temelinde “suçsuzluğunu ispat et” diyen çağdışı uygulamalar, haberleşme özgürlüğünü ve özel hayatın gizliliğini

hiçe sayan yasadışı dinlemeler, son dakika önergeleriyle gece yarısı getirilen düzenlemeler, savundukları sanıklar, girdikleri davalar, yaptıkları savunmalar yüzünden tutuklanan avukatlar, Anayasa'nın koruması altında bulunan düşünceyi açıklama hakkını kullananlara yönelik emniyet güçlerinin şiddet boyutuna varan ölçsüz güç kullanımı gibi hukuk dışı uygulamalar, hukuki güvenlik ilkesinin yok sayıldığı'nın en bariz örnekleridir<sup>6</sup>.

Hukuki güvenlik ve belirliliğin sağlanması için hukukun üstünlüğü prensibinin devletin bütün kurum, kuruluş ve kurulları ile yetkilileri tarafından esas alınması gerekir. Burada hukukun üstünlüğünden kasıt, yasaların üstünlüğü olmadığı gibi hukukçular ya da hakimlerin üstünlüğü hiç değildir. Burada kastedilen üstünlük, demokratik hukuk devleti ışığında, evrensel hukuk ilkeleri çerçevesinde şekillenen Anayasa ve yasalara saygı ve bağlılıktır. Aksinin kabulü halinde sorgulanamaz bir hakimler hegemonyasının hakimiyeti ve üstünlüğü ortaya çıkacaktır.

Öte yandan, ihtiyaç ölçüleri yeterince değerlendirilmeden, hukuki istikrarı ve belirginliği yok edecek şekilde hukuk kurallarında sıklıkla değişiklikler yapılıyorsa, bu değişiklikler kazanılmış haklar bakımından geriye doğru uygulanıyorsa, savunma hakkı kısıtlanıyorsa, yargı bağımsız ve tarafsız bir duruş sergileyemiyorsa hukuk devleti ve hukuk güvenliğinin sorgulanması gerekmektedir<sup>7</sup>.

## **2-) Hukuki Güvenlik ve Belirlilik İlkelerinin Temel Gereklilikleri**

Hukuk devletinde bireyin devlete karşı sorumlulukları olduğu gibi devletin de bireye karşı sorumlulukları vardır. Devletin bütün işlem ve kararlarında açık, net ve öngörülebilir olması gerekir. Hukuk dev-

<sup>6</sup> Kamu Hukukçuları Platformu, Hukuk Güvenliği, Haz. Doç. Dr. Ece Göztepe, 8-9 Kasım 2013 Ankara, Türkiye Barolar Birliği Yayınları : 277, (Sema Aksoy'un Konuşması), s.10

<sup>7</sup> Kamu Hukukçuları Platformu, Hukuk Güvenliği, Haz. Doç. Dr. Ece Göztepe, 8-9 Kasım 2013 Ankara, Türkiye Barolar Birliği Yayınları : 277, (Berra Besler'in Konuşması), s.14

letinde devletin yurttaşını aldatması veya tuzağa düşürmesi kabul edilemez. Devlet otoritesi bünyesinde gerçekleştirilen işlemlerde anlık sürprizler ve şokların yaşanmaması gerekir. Bugün devlet tarafından hoş görülen ve hatta desteklenen bir hususun daha sonra bireyin suçlanması veya sorumluluğunu gerektirecek bir hale dönüştürülmesi halinde hukuki güvenlik ve belirlilik ilkelerinden bahsedilmesi mümkün değildir. Dolayısıyla;

- 1) Devlet faaliyetleri, önceden öngörülebilir, tahmin edilebilir olmalı,
- 2) Devlet faaliyeti, önceden hukuk kurallarıyla düzenlenmeli,
- 3) Hukuk düzeninde mümkün olduğunca hukuki istikrar sağlanmalı,
- 4) İdarenin tek yanlı işlem yapma üstünlüğüne karşı, bireylere katılma, dinleme ve savunma hakkı gibi güvence niteliğindeki kurullarla birey ile idare arasında denge sağlanmalı,
- 5) İdare, bireyin haklı beklentilerine uygun davranmalı,
- 6) Yasal düzenlemelerde hukuka ve devlete olan güveni zedeleyici hususlardan kaçınılmalı,
- 7) Devlet kişinin maddi ve manevi varlığını geliştirilebilmesi için hukuk güvenliğinin sağlandığı

bir hukuk devleti yaratmalıdır<sup>8</sup>.

### **3-) Hukuki Güvenlik ve Belirlilik İlkelerine Aykırı Yasama Uygulamaları**

Hukuk devletinin vazgeçilmez ilkelerinden olan hukuki güvenlik ve belirlilik ilkelerinin ciddi manada zarar gördüğü uygulamalardan biri de kanun koyucu pozisyonundaki Meclisin yapmış olduğu “torba yasa” uygulamalarıdır. Zira içeriklerinin yeterince müzakere edilmediği, madde gerekçelerinin yetersiz bazen kanun maddesinin tekra-

---

<sup>8</sup> AKYILMAZ Bahtiyar/SEZGİNER, Murat/ KAYA, Cemil, Türk İdare Hukuku, 1. B., Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2009, s.130-131

rından ibaret olduğu, bazen son dakika önermeleri ile değişikliklerin gerçekleştiği torba yasalarla, temel kanunlarda bile hukuk mantığına aykırı ve temel hukuki müesseseleri göz ardı eden, sistem bozucu değişikliklere gidilmekte ve günlük ihtiyaçlar ile kimi hukuki tıkanıklıkların çözümü kaygısıyla hukuki norm düzeni ve hiyerarşisi alt üst edilmektedir. Öyle ki, hukuk mantığının temelini ve dayanağını oluşturan hukuki müesseseler, güncel ihtiyaçlar gerekçesiyle yürürlüğe konulan kimi düzenlemelerle müessese olma özelliğini kaybetmekte ve hukuki temel dediğimiz mantık zeminini ortadan kaldırmaktadır<sup>9</sup>.

Yasama pratiğinde hukuki güvenlik ilkesi, "iyi kural koyma" ilkeleri olarak da adlandırılan bazı ilkeler etrafında ele alınabilir. Bunlar; genellik, açıklık, makul yürürlük, haklı beklenti ve kazanılmış hakların korunması, kanunların makul olanı istemesi, kanunların çok sık değiştirilmemesidir. Aynı şekilde, kanun yapım tekniği olarak kullanılan bazı yöntemlerin de hukuki güvenlikle uyumlu olması gerekmektedir. Örneğin torba kanun, uygulama kanunları ve temel kanunları özel/bypass yöntemle görüşme, hukuki güvenlik ilkesine aykırı yasama pratikleridir. Yasama organının son yıllarda yaygınlaştırdığı torba kanun ismiyle de bilinen, birbiriyle ilgisiz birçok kanun hükmünün tek bir kanunla değiştirilmesi yöntemi gerçekten de hukuki belirliliğe tamamıyla aykırı bir yöntemdir<sup>10</sup>. Bu noktada yasama organının "Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun" adı altında çıkarmış olduğu ve özellikle AB uyum süreci içinde seri yasalaşma hareketinin etkisiyle de sıkça başvurulmuş "torba yasalar" içtüzük hükmüyle örtüşmeyen zorlama uygulamalarla genel yasama usulüne alternatif bir sisteme dönüşmüştür. "Temel yasa" olarak da nitelendirilen "torba yasa uygulaması" sadece hukuk devletini değil, çoğulcu demokrasi ilkesini de tehdit eder niteliktedir<sup>11</sup>.

<sup>9</sup> YAVUZ, Ersen, Hukuk Devletinde, Hukuk Güvenliği Ve Hukuki Belirlilik Kavramları Üzerine, <http://gelenekvegelecek.com/hukuk-devletinde-hukuk-guvenligi-ve-hukuki-belirlilik-kavramlari-uzerine-ersen-yavuz/> İET: 30/11/2019

<sup>10</sup> KÖKÜSARI, İsmail, Anayasa Hukukunda Hukuki Güvenlik İlkesi, 1.B., Adalet Yayınevi, Ankara, 2015, s.380

<sup>11</sup> ÇAĞLAR, s.75

## **B-) AİHM İÇTİHATLARI ÇERÇEVESİNDE HUKUKİ BELİRLİLİK İLKESİ**

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihatlarına göre "belirlilik ilkesi", kuralın açık ve gereğinde hukukî yardım almak suretiyle anlaşılabilir olmasını ifade etmektedir. Mahkeme kararlarında hukuki belirlilik ilkesine karşılık olarak hukuki kesinlik ifadesini kullanmaktadır. Hükmün gerektiğinde hukukî yardım alarak anlaşılabilir olması, bütün ayrıntıların düzenleme içinde yer alması zorunluluğunu kaldırarak kanunî düzenlemedeki muhtemel belirsizliklerin içtihat yoluyla anlaşılmasına da imkân vermektedir. Hukuki belirlilik ilkesinin bir gereği olarak kurallar ve idari uygulamanın yanında mahkeme kararlarının da belirli olması lazımdır. Mahkeme kararları açısından belirlilik, kararın sistematigi, kararın anlaşılır ve çelişkilerden uzak olması, kararın gerekçeli ve gerekçenin tatmin edici olmasını ifade etmektedir<sup>12</sup>.

### **1-) Mahkeme Kararları Arasındaki Çelişki ve Kısa Süredeki İchtihat Değişiklikleri**

AİHM'in kararlarına göre; belirsizlik, ister yasal ister idari olsun veya yetkili otoritelerin uygulamasından kaynaklansın, devletin davranışını incelerken göz önünde bulundurulması gereken bir faktördür. Mahkeme kararları arasında ısrarlı bir çatışma olması<sup>13</sup>, toplu-

<sup>12</sup> KÖKÜSARI, s.377

<sup>13</sup> "...İnsanları suç işlemekten vazgeçiren cezaların, suç ağırlığı ve kusur derecesi ile orantılı olması çağdaş ceza hukukunun gereğidir. Bu ilkenin vücut bulduğu 5237 sayılı TCK.nun 3. maddesinin 1. fıkrasında, "suç işleyen kişi hakkında işlenen fiilin ağırlığı ile orantılı ceza ve güvenlik tedbirine hükmolunur." şeklinde bir düzenlemeye yer verilmiştir.

*Bu açıklamalar ışığında dosyanın incelenmesinde, sanığın, ...'a yönelik yakarak mala zarar verme suçundan 04.04.2013 tarihli bozma öncesinde verilmiş olan ilk hükmünde, suçun işleniş şekli, sanığın şahsi ve sosyal durumuna göre hakkında TCK.nun 151/1 maddesi gereğince teşdiden 1 yıl hapis cezası ile cezalandırılmasına karar verilmesine ve Yargıtay denetiminde orantılılık ilkesine bir aykırılık görülmemesine rağmen, bozma ilamı sonrası verilen hükmünde, hukuki güvenlik ilkesine gerekse orantılılık ilkesine aykırı olarak makul bir değişiklik gerekçesi gösterilmeden sadece suçun işleniş biçimi ve kastın yoğunluğu esas alınarak temel cezanın 2 yıl hapis olarak belirlenmesi,*

mun yargısal sisteme yönelik güvenini azaltan bir hukuki belirsizlik durumu yaratır. Zira toplum güveni hukuk devleti üzerinden şekillenen bir devletin temel bileşenidir<sup>14</sup>. Mahkemeye göre, hukukun üstünlüğünün temel unsurlarından biri olan hukuki belirlilik/kesinlik<sup>15</sup>, yargısal kararlardaki kesin kararlılığı ve istikrarı garanti ettiği gibi buna bağlı olarak kamuoyu nezdinde mahkemelere olan güvenin de tesisine katkı sağlar. Zira mahkeme kararları arasındaki çelişkiler, hukuki belirsizliği doğurduğu gibi yargı sistemine olan kamuoyu güveninin de azalmasına sebep olacaktır<sup>16</sup>. AİHM, içtihat farklılıklarından kaynaklanan bu tür belirsizlikleri, adil yargılanma hakkının alt unsurları olan mahkeme hakkı gibi diğer hak ve ilkeler çerçevesinde değil, doğrudan hukuki belirlilik ilkesi çerçevesinde ele almaktadır.

**AİHM, Lupeni Greek Catholic Parish ve Diğerleri / Romanya davasında**<sup>17</sup> hukuki belirlilik/kesinlik ilkesine ilişkin önemli tespit ve değerlendirmelerde bulunmuştur. Söz konusu davada, Romanya'da 1948 yılında kilise mülkü hariç devletleştirilen Katolik Rumların vakıf mallarının 1990 yılında çıkarılan bir kararname ile belli şartlar altında asıl maliklere dönüşünün yolu açılmış ancak başvuru sahipleri bakımından çeşitli hukuki sorunlar yaşanmıştır. Konu, bir dizi ulusal yargılamadan sonra AİHM'nin Üçüncü Kısım Dairesi tarafından, mahkemeye erişim hakkı, hukuki belirlilik ve uzun yargılamalar nedeniyle adil yargılanma hakkının ihlal edildiği iddiasıyla incelenmiş ancak reddedilmiştir.

---

*Bozmayı gerektirmiş, sanığın temyiz itirazları bu itibarla yerinde görülmemiş olduğundan hükmün bu sebepten dolayı 5320 sayılı Yasanın 8/1. maddesi uyarınca uygulanması gereken 1412 sayılı CMUK'nun 321. maddesi gereğince bozulmasına...(Yargıtay 8. CD., 2017/23862 E., 2019/854 K., 17.01.2019 T.)"*

<sup>14</sup> AİHM Nejdet Şahin ve Perihan Şahin/Türkiye Kararı, Başvuru No: 13279/05, K.T:20/10/2011, Prg. 56-57

<sup>15</sup> AİHM Brumărescu/Romanya Kararı, Başvuru No: 28342/95, K.T: 28/10/1999, Prg.61

<sup>16</sup> AİHM Vinčić ve Diğerleri/Sırbistan Kararı, Başvuru No:44698/06, K.T: 01/10/2009, Prg.56

<sup>17</sup> AİHM Lupeni Greek Catholic Parish ve Diğerleri / Romanya Davası, Başvuru No: 76943/11, 26/11/2016, Prg. 116-135

AİHM Üçüncü Kısım Dairesinin başvurunun reddi kararı üzerine, başvuruçular AİHM Büyük Daire'ye başvuruda bulunmuşlardır. Büyük Daire, bu tür davalarda Mahkemenin değerlendirmesinin hukuki belirlilik/kesinlik ilkesine dayandığını ve bu ilkenin;

- Ø Sözleşmenin tüm maddelerinde zımnen bulunduğunu,
- Ø Hukuk devletinin asli veçhelerinden birisi olduğunu,
- Ø Hukuki meselelerde belli istikrarı temin ettiğini ve mahkemelere kamunun güven duymasına katkı sağladığını vurguladuktan sonra;
- Ø Çatışan içtihatların da kamunun yargısal sisteme güvenini azaltmak şeklinde bir hukuki belirsizlik hali yarattığını,
- Ø Kısa zaman aralığında yargısal yorumlardaki söz konusu dalgalanmanın içtihatla yaşanan değişim olarak telakki edilemeyeceğini,
- Ø İçtihatteki belirsizliğin, tutarlı bir uygulama gelişmesine engel olduğunu ve bizatihi ülkenin en yüksek yargı merciinin hukuki kesinlik ilkesini zayıflattığını,
- Ø Hukuki kesinlik ilkesinin zayıflatıldığı durumlarda adil yargılanma hakkının da etkilediğini

kararda ifade etmiştir. Mevcut olayda da Büyük Daire, Romanya Yüksek Mahkemesi'nin çatışan içtihadının alt derece mahkemelerinin çelişen kararlarında da yansımaları bulduğunu ifade etmiştir. Bu doğrultuda, yerel mahkemelerin uygulanacak hukuka ilişkin farklı yaklaşımlarından dolayı çok sayıda Rum Katolik Kilisesinin önemli şekilde etkilendiğini belirlemiştir. Bu çatışan içtihatların da kamunun yargısal sisteme güvenini azaltmak şeklinde bir hukuki belirsizlik hali yaratması muhtemeldir.

AİHM Büyük Daire, 2007-2012 arasında Romanya Yüksek Mahkemesi'nin tamamen zıt kararlar verdiğini saptamıştır. Bu doğrultuda yargısal yorumdaki söz konusu dalgalanmanın içtihatla yaşanan değişim olarak telakki edilemeyeceğini belirlemiştir. Zira, Yüksek Mahkeme 2011'de pozisyonunu değiştirmiş ve 2012'de çeşitli çelişkili kararlar vermiştir. Sonuç itibarıyla Büyük Daire, içtihatteki belirsizliğin,

tutarlı bir uygulama gelişmesine engel olduğunu ve bizzat ülkenin en yüksek yargı merciinin hukuki kesinlik ilkesini zayıflattığını, bu durumun da başvurucuların adil yargılanmasını etkilediğini tespit etmiştir. Dolayısıyla, hukuki kesinlik ilkesine riayet edilmemesi nedeniyle Sözleşmenin 6/1. maddesinin ihlaline hükmetmiştir<sup>18</sup>.

## **2-) Kanun Hükümlerinin Olağan Yorumlarından Farklı Bir Şekilde Yorumlanıp Uygulanması**

Mahkeme, kanun hükümlerinin olağan istikrar kazanmış yorumlarından farklı bir şekilde uygulanmasına ilişkin olarak hukuki belirlilik ilkesinin ihlal edildiğini değerlendirmektedir. Mahkemenin yakın tarihli **Alparslan Altan/Türkiye kararı**<sup>19</sup> bu konuda önemli bir karardır. Anayasa Mahkemesi eski üyesi olan Alparslan Altan'ın anayasal hakimlik teminatına ve diğer anayasal güvencelere aykırı olarak başlatılan soruşturma neticesinde haksız tutuklama nedeniyle yapmış olduğu başvuruda AİHM, Sözleşmenin 5/1. maddesi kapsamında başvurucu lehine ihlal kararı vermiştir. Özellikle Yargıtay'ın ağır cezalı suçüstü haline ilişkin istikrar kazanmış uygulamasından dönerek farklı ve temel güvenceleri ortadan kaldıracak bir yorumda bulunması eleştiri konusu yapılmıştır. Kararda hukuki belirlilik/kesinlik kapsamında önemli tespit ve değerlendirmeler yapılmıştır. Mahkeme, özgürlükten mahrumiyet söz konusu olduğunda, genel nitelikli yasal kesinlik ilkesinin gerekliliklerinin yerine getirilmesi bilhassa önemli olduğundan ulusal hukuk uyarınca kişinin özgürlüğünden mahrum bırakılmasına ilişkin koşulların açık şekilde tanımlanmasının ve bizzat kanunun uygulamasının öngörülebilir olmasının önem arz ettiğini, böylece Sözleşmede düzenlenen "kanunilik" standardının karşılanmış olacağını vurgulamıştır. Bu standardın, tüm mevzuatın -dava koşullarında makul olduğu nispette- kişinin, gerekirse hukuki yardım alarak, belirli bir eylemin yol açabileceği sonuçları öngörebilmesini mümkün

<sup>18</sup> GÜLÇÜR, Abdulkadir, AİHM ve Türk Anayasa Mahkemesi'nin Kararları Işığında Hukuki Kesinlik (Belirlilik) İlkesinin İncelenmesi, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Y. 2018, C.24, S.1 s. 155-156

<sup>19</sup> AİHM Alparslan Altan/Türkiye Kararı, Başvuru No. 12778/17, K.T: 16/04/2019



kılacak ölçüde yeterince açık olmasını gerektirdiğini belirtmiştir.  
**(Prg.103)**

Mahkeme; yerel mahkeme, Yargıtay ve AYM'nin "suçüstü halinin" yorumlanmasına ilişkin olarak da mahkemenin rolünün, yapılan yorumun etkilerinin Sözleşme ile uyumlu olup olmadığını tespit etmekle sınırlı olduğunu; genel olarak, yerel mahkemelerin yürürlükteki yasal hükümlere ters düşen istisnaları içtihatlarına dâhil etmeleri halinde yasal kesinlik ilkesinin tehlikeye düşebileceğini vurgulamaktadır.  
**(Prg.111)**

Mahkeme, CMK'nın 2. maddesinde, suçun işlendiği esnada ya da işlendikten hemen sonra tespit edilmesi durumuyla bağlantılı olan suçüstü (*in flagrante delicto*) kavramının klasik bir tanımına yer verilmesine karşın, hükümetin savunmasında yer verdiği Yargıtay içtihadına göre, CMK'nın 100. maddesi uyarınca, bir suç örgütüne üye olma şüphesi, herhangi bir fiili unsur veya devam eden cezai bir eylem belirtisine ihtiyaç duyulmaksızın suçüstü olarak nitelendirmesi bakımından yeterli görülebilmektedir. Mahkemeye göre bu suçüstü kavramının kapsamlı bir yorumu olup, söz konusu kavramın genişletilmesi sonucunda, bir suç örgütüne dâhil olduğundan şüphelenilen hakimlerin, Türk hukukunun yargı mensuplarına tanıdığı yargısal korumalardan (Anayasa Mahkemesi üyesi olan başvuru da 6216 sayılı Kanun uyarınca söz konusu korumaya tabidir) mahrum bırakılması durumunu ortaya çıkarmaktadır. Sonuç olarak, mevcut davadakine benzer koşullarda, bu kavramın geniş bir şekilde yorumlanması, yürütme organının müdahalelerine karşı yargı mensuplarına sağlanan usule ilişkin güvenceleri etkisiz hale getirmektedir.  
**(Prg.111-112)**

Kararda Yargıtay'ın, CMK'nın 2. maddesinde öngörüldüğü üzere geçerli bir cezai eylemin varlığını temsil eden suçüstü kavramının kapsamının genişletilmesinin nasıl haklı görülebildiğinin anlaşılamadığı belirtilmiştir. Yargıtay'ın önceki kararlarına bakıldığında, devam eden suçların mahiyetlerinin, ceza mahkemelerinin yargı yetkisinin ve bu tür davalarda kovuşturma bakımından süre kuralının uygula-

nabilirliğinin belirlenmesi amacıyla böyle bir yaklaşımı benimsendiği vurgulanmıştır. **(Prg. 60-62)**

Bütün bu hususları göz önüne alan Mahkeme, ulusal mahkemele-  
rin suçüstü kavramının kapsamını genişletmelerinin ve mevcut dava-  
da iç hukuku uygulamalarının, sadece yasal kesinlik ilkesi bağlamında  
bir sorun teşkil etmediğini, aynı zamanda bariz bir şekilde mantıksız  
olduğu kanaatine varıldığını; dolayısıyla, başvuranın Anayasa Mah-  
kemesi üyelerine sağlanan usule ilişkin güvencelerden mahrum bira-  
kılmak suretiyle, CMK'nın 100. maddesi uyarınca tutuklanmasının,  
Sözleşme'nin 5/1 maddesi gereğince kanunda öngörülen bir usul doğ-  
rultusunda gerçekleştirilmemiş olduğuna karar vermiştir.

Diğer taraftan Mahkeme hükümetin savunmasının aksine, Söz-  
leşmenin 15. maddesi bağlamında yaptığı değerlendirmede de suçüs-  
tü kavramının kapsamlı bir şekilde yorumlanmasının olağanüstü hâl  
durumuna uygun bir cevap olarak değerlendirilemeyeceğini; kaldı ki,  
olağanüstü hâl durumunun gerektirdiklerine cevaben benimsenme-  
yen böyle bir yorumun, yalnızca yasal kesinlik ilkesi bakımından bir  
sorun teşkil etmekle kalmayıp, aynı zamanda (yukarıda 112. paragraf-  
ta belirtildiği üzere) yürütme organının müdahalelerine karşı yargı  
mensuplarına sağlanan usule ilişkin güvenceleri de etkisiz hale geti-  
receğini belirtmiştir. Ayrıca, böyle bir yorum, olağanüstü hâlin yasal  
çerçevesinin dışına çıkan hukuki sonuçlar doğurduğundan olağanüstü  
hâlin kendine özgü koşulları da bu yorumu haklı göstermemektedir.  
Mahkeme, "kanunda öngörülen bir usule uygun olarak" verilmemiş  
olan tutuklu yargılanma kararının mevcut koşullarda kesin surette  
gerekli olmadığı kanaatine varılmış olduğundan başvuranın tutuklu  
olarak yargılanmasının kanuna aykırı olduğu gerekçesiyle de, Sözleş-  
me'nin 5/1. maddesinin ihlal edilmiş olduğuna hükmetmiştir.  
**(Prg.118-119)**

### **3-) Res Judicata Kuralının İhlali**

Hukuki belirlilik ilkesinin alt görünümlerinden biri olan res judi-  
cata kuralı; hakkında yargı kararı verilmiş hukuki uyumsuzluğun son-

suza kadar çözümlenmiş sayılmasını ifade etmektedir<sup>20</sup>. Mahkemele-  
rin kararlarının nihailiği ve res judicata ilkesinin ihlali kapsamında  
AİHM'nin vermiş olduğu önemli bir karar da **Vardanyan ve Nanush-  
yan/Ermenistan kararı**<sup>21</sup>. AİHM, burada da adil yargılanma hak-  
kının, Sözleşme'nin Başlangıç Kısmı ışığında yorumlanması gerektiği-  
ni bildirerek, hukukun üstünlüğünün Sözleşmeciler Devletlerin ortak  
mirasının bir parçası olduğunu yinelemiştir. Hukukun üstünlüğünün  
bir parçası da hukuki kesinlik ilkesidir ki bu ilke diğerlerinin yanı sıra  
(inter alia) mahkemeler bir konu hakkında nihai kararlarını verdikleri  
zaman kararlarının sorgulanmamasını temin eder. Hukuki kesinlik,  
res judicata ilkesine saygıyı da öngörmektedir. Bu ilke de nihai ve  
bağlayıcı yargısal karar verildikten sonra duruşmaların tekrar edile-  
rek yeni bir karar verilmesine engel teşkil ettiğinden dolayı bu pren-  
sipten ayrılma, ancak önemli ve zorlayıcı bir sebep gerektirdiğinde  
hakkı görülebilir<sup>22</sup>.

#### **4-) Suçlamalarda Zamanaşımının Uygulanmaması ve Usulî Hatalarla Gerçekleştirilen İşlemler Yoluyla Hukuki Kesinliğin İhlal Edilmesi**

AİHM, ulusal kanunlarda mahkemeye başvuruya ilişkin sürelerin  
yargı mercilerince çok katı şekilde uygulanmasını mahkemeye erişim  
hakkının engellenmesinin yanı sıra disiplinler veya cezaî anlamda suç-  
lanan kişilerin fiillerine yönelik zamanaşımı uygulanmamasını ve suç-  
lamanın cezaya dönüştürülmesi için yasalara uygun olmayan keyfi  
uygulamalarda bulunulmasını hukuki belirlilik/kesinlik ilkesinin ihla-  
li olarak kabul etmiştir. Bu bağlamda Mahkeme, **Oleksandr Volkov  
/Ukrayna kararı**<sup>23</sup> bir yüksek mahkeme hakiminin meslekten  
çıkarılmasına ilişkin uyuşmazlıkta; başvurucunun ihracı için seçilen  
prosedüre karşı çıkmasının, esas olarak ulusal makamlara ait bir konu

<sup>20</sup> GÖZLER, Kemal, Türk Anayasa Hukuku, Ekin Kitabevi Yayınları, Bursa 2000, s.46

<sup>21</sup> AİHM Vardanyan ve Nanushyan/Ermenistan Kararı, Başvuru No: 8001/07, K.T:06/03/2017, Prg.64-71

<sup>22</sup> Gülçür, s.156

<sup>23</sup> AİHM Oleksandr Volkov/Ukrayna Kararı, Başvuru No: 21722/11, K.T:27/05/2013, Prg.135-140

olan iç hukukun yorumlanması sorunu olduğunu belirtmiştir. Öte yandan, Mahkeme'nin içtihatları ışığında yorumlandığı üzere, AİHM iç hukukun yorumlandığı ve uygulandığı yöntemin, Sözleşme'nin ilkeleri ile uyumlu sonuçlar ortaya çıkarıp çıkarmadığını teyit etmesi gerektiğini vurgulamıştır. AİHM neden başvurucunun belirttiğinden farklı bir prosedürle davanın yürütüldüğüne ilişkin tatminkâr gerekçeler sunulmadığı kanaatine varmıştır.

Mahkeme'ye göre, farklı usulün uygulanmış olmasının öngörülemez, keyfi veya açıkça makul olmadığı söylenemez. Öte yandan geriye, başvurucunun dayandığı belli bir güvencenin eksikliği iddiası, yani bir hakime yemin ihlalinin dolaylı disiplin cezası uygulanması bakımından zamanaşımı eksikliğinin yargılamanın adilliğini etkileyip etkilemediği" sorusu hala tartışmaya açıktır. Mahkeme zamanaşımının, bazı önemli amaçlara, yani hukuki belirlilik ve kesinliğin gerçekleştirilmesine, çürütülmesi zor olabilecek eskimiş iddialara karşı potansiyel sanıkların korunmasına ve mahkemelerin zamanın geçmesiyle güvenilir ve yetersiz hale gelmiş kanıtlara dayanarak uzak geçmişte meydana gelmiş olaylarla ilgili karar vermelerinin istenmesi halinde ortaya çıkabilecek adaletsizliklerin önlenmesine hizmet ettiğine karar vermiştir. Zamanaşımı, cezai suçlar, disiplin suçları ve diğer suçlar bakımından Sözleşmeciler Devletler'in hukuk sistemlerinin ortak bir özelliğidir. Başvurucunun davası bakımından, 2010'da incelenen olgular, 2003 ve 2006 tarihlerine gitmektedir. Başvurucu bu nedenle, bazıları uzun bir zaman önce meydana gelmiş olaylar bakımından savunmasını hazırlamak mecburiyetinde kaldığı için zor bir duruma sokulmuştur. Başvurucunun davasındaki Yüksek İdare Mahkemesi kararı ve Ukrayna Hükümetinin savunmalarından, iç hukukun "yemin ihlali" dolayısıyla bir hakimin azledilmesi işlemlerine herhangi bir zaman sınırı getirmediği ortaya çıkmaktadır. Mahkeme zamanaşımının ne kadar olması gerektiğini göstermenin uygun olmadığını düşünse de yargıyı kapsayan disiplin davalarına böyle ucu açık bir yaklaşımın hukuki belirlilik ilkesine ciddi tehdit oluşturduğunu ve bu şartlar

altında, Sözleşme'nin 6. maddesinin 1. fıkrasının ihlali durumunun bulunduğunu tespit etmiştir<sup>24</sup>.

Hukuki belirlilik ilkesinin bir gereği olarak şikayetlerin bir zama-naşımına bağlanması ve aynı şekilde şikayetin belli bir zaman dili-minde tamamlanması önem arz etmektedir. Bu noktada Avrupa Yargı Kurulları Ağının (ENCJ) **“Disiplin Prosedürlerine İlişkin Asgari Standartlar Ve Hakimlerin Sorumluluğu”** konulu Raporunda (2014-2015) hakimler hakkındaki şikâyetin sunulması için ve ilgili şikayetin incelenmesi için zaman sınırlamaları bulunması gerektiği genel olarak kabul edilmiştir. Şikayetin sunulmasında amaca uygun-luğun bulunmaması, ilgili hakim için adil bir durum olmayacaktır. Zaman sınırlamalarının, yasal kesinliği sağlayacak şekilde tayin edil-meleri gerektiği vurgulanmıştır<sup>25</sup>.

Yasal kesinlik ve adil olma hususları, yukarıda tartışılan şikâyet-lerin sunulması hususunda olduğu gibi, şikâyetlerin incelenmesi hu-susu için de geçerlidir. Bir yaptırım uygulanacak olduğu takdirde, bunun gecikmeksizin uygulanması gerekmektedir. Bu itibarla, soruş-turmanın sonuçlandırılması, kararın verilmesi ve herhangi bir yaptır-ımın uygulanması için bir zaman sınırlamasının bulunması; herhangi bir yaptırımın, şikâyetin esasına ilişkin karardan hemen sonra ve ne olursa olsun fazla gecikmeksizin uygulanması; zaman sınırlamaları-nın, ancak soruşturmanın karmaşıklığı, hakimın hastalığı veya cezai soruşturma gibi istisnai durumlarda uzatılmasının mümkün olması gerektiği tavsiyesinde bulunulmuştur<sup>26</sup>.

Bu temel ilke çerçevesinde 2802 sayılı Hakimler ve Savcılar Ka-nununun **“Ceza soruşturması veya kovuşturması ile disiplin soruş-turmasının bir arada yürütülmesi ve zamaşımı”** kenar başlıklı 72. maddesinin ikinci ve üçüncü fıkralarında disiplin süreçlerinde uygulanacak zamaşımı süresi hukuki belirlilik ilkesinin gereği ola-rak belirlenmiştir. Buna göre;

<sup>24</sup> Gülçür, s.161-162

<sup>25</sup> Raporun “IX. Asgari Standartların Özeti” bölümü 9. Md, s.46

<sup>26</sup> Raporun “VII. Disiplin işlemlerinin yönetimi” kenar başlıklı bölümün genel açık-lamalar kısmı, s.32-33

- Ø Meslekten çıkarma ve yer değiştirme cezalarını gerektiren eylemler hariç olmak üzere, bu Kanuna göre disiplin soruşturmasını gerektiren eylemlerin işlenmesinden itibaren üç yıl geçmiş ise disiplin soruşturması açılmaz. Disiplin cezasını gerektiren eylemin işlendiği tarihten itibaren beş yıl geçmiş ise disiplin cezası verilemez.
- Ø Disiplin cezasını gerektiren eylem, aynı zamanda bir suç teşkil eder ve bu suç için kanunda daha uzun bir zamanaşımı süresi öngörülmüş olur ve ceza soruşturması veya kovuşturması da açılır ise, ikinci fıkrada belirtilen süre yerine bu süreler uygulanır. Hakimler ve Savcılar Kurulunca kovuşturma sonucunun beklenmesine karar verilenler hakkında ise, mahkeme kararının kesinleşmesinden itibaren iki yıl geçmekle ceza verme yetkisi zamanaşımına uğrar.

Avrupa Komisyonu 2018 Türkiye Raporunun yargının işleyişine ilişkin eleştiri ve öneriler kısmında söz konusu süreçlerde, usuli haklar da dâhil, özellikle masumiyet karinesi, ceza sorumluluğunun şahsiliği, hukuki kesinlik, savunma hakkı, adil yargılanma hakkı, silahların eşitliği ve etkili itiraz hakkı gibi temel hakların tam olarak gözetilmesi noktasında gerekli düzenleme ve değişikliklerin yapılması gerektiği belirtilmiştir<sup>27</sup>.

### **C-) ANAYASA MAHKEMESİNE GÖRE HUKUKİ BELİRLİLİK İLKESİ**

AİHM'nin kararlarında "hukuki kesinlik" (legal certainty) olarak belirlenen ilke, Anayasa Mahkemesi kararlarında "hukuki belirlilik" ilkesi olarak tanımlanmakta ve içeriği geniş yorumlanmaktadır. AYM hukuki belirlilik ilkesinin, hukuk devletinin asli unsurları arasında yer aldığını, hukuki durumlarda belirli bir istikrarı temin ettiğini ve kamunun mahkemelere olan güvenine katkıda bulunduğunu saptamaktadır. AYM'ye göre, hukuki belirlilik ilkesini de kapsayan hukuki güvenlik, Anayasanın 36. maddesinde yer alan adil yargılanma hakkının

<sup>27</sup> Avrupa Komisyonu 2018 Türkiye Raporu, s.30

içinde zımnen mevcut bir ilkedir. Bir kanuni düzenlemenin bireylerin davranışını ona göre düzenleyebileceği kadar kesinlik içermesi, kişinin gerektiği takdirde hukuki yardım almak suretiyle, bu kanunun düzenlendiği alanda belli bir eylem nedeniyle ortaya çıkacak sonuçları makul bir düzeyde öngörebilmesi gerekmektedir. Öngörülebilirliğin mutlak bir ölçüde olması gerekmez. Kanunun açıklığı arzu edilir bir durum olmakla birlikte bazen aşırı bir katılığı da beraberinde getirebilir. Oysa hukukun ortaya çıkan değişikliklere uyarlanabilmesi gerekmektedir. Birçok kanun, işin doğası gereği, yorumlanması ve uygulanması pratik gerçekliğe bağlı olan yoruma açık formüllerdir<sup>28</sup>.

**Anayasa Mahkemesi 2015/94 Esas, 2016/27 Karar ve 7.4.2016 Tarihli** kararında konuya ilişkin önemli tespit ve değerlendirmeler yapmıştır. Karara göre; *“Anayasanın 2’nci maddesinde yer alan hukuk devletinin temel ilkelerinden biri **belirliliktir**. Bu ilkeye göre kanun düzenlemelerinin hem kişiler hem de idare yönünden herhangi bir tereddüde ve şüpheye yer vermeyecek şekilde açık, net, anlaşılır ve uygulanabilir olması ayrıca kamu otoritelerinin keyfi uygulamalarına karşı koruyucu tedbirler içermesi de gereklidir. Belirlilik ilkesi, hukuki güvenlikle bağlantılı olup birey hangi somut eylem ve olguya hangi hukuki müeyyidenin veya neticenin bağlandığını, bunların idareye hangi müdahale yetkisini doğurduğunu bilmelidir. Birey ancak bu durumda kendisine düşen yükümlülükleri öngörebilir ve davranışlarını belirler. Hukuk güvenliği, normların öngörülebilir olmasını, bireylerin tüm eylem ve işlemlerinde devlete güven duyabilmesini, devletin de yasal düzenlemelerde bu güven duygusunu zedeleyici yöntemlerden kaçınmasını gerekli kılar. Hukuk Devletinin unsurları doktrinde de belirlenmiş olup, bunlardan konuyla ilgili iki tanesi ‘Hukuki Güvenlik’ ve ‘Belirlilik’ ilkeleridir. Bireyin devlete güven duyması, ancak hukuki güvenliğin sağlandığı bir hukuk devleti düzeninde mümkün olabilecektir. Anayasada öngörülen temel hak ve hürriyetlerin kullanılması ve insan haklarının insan hayatına egemen kılması için Devlet, bireylerin hukuka olan inançlarını ve güvenlerini korumakla yükümlüdür.”*

<sup>28</sup> Anayasa Mahkemesinin 2015/94 Esas, 2016/27 Karar ve 7.4.2016 Tarihli Kararı

Anayasa Mahkemesinin kararında da vurgulandığı üzere hukuk devletinin unsurlarından olan “belirlilik” ilkesi, maddi hukuk ve usul kurallarının önceden öngörülebilir bir açıklıkta olmasını ve kişilerin haklı beklentilerini bertaraf etmeyecek düzenlemeler yapılmasını kapsamaktadır. Aksi takdirde, yetkilerin sınırlarının belirsizliği, takdir yetkisinin keyfiliğe dönüşmesi sonucunu doğuracak ve kanunun verdiği ucu açık yetki kullanımıyla tesis edilen işlemlerin hukuki denetimi de yasal engel nedeniyle gerektiği gibi yerine getirilemeyecektir. Ayrıca Karardan anlaşılacağı üzere, AYM hukuki belirliliğin sadece yasal belirlilik anlamına gelmediğini, aynı zamanda mahkeme içtihatları ve idarenin düzenleyici işlemlerinin de kapsam dahilinde olduğunu vurgulamıştır. Bu noktada AYM’nin konuya bakış açısının AİHM’in konuya ilişkin yaklaşımı ile paralel olduğu görülmektedir.

AYM’nin hukuk devletinin temel görünülerinden birisi olan “hukuki belirlilik” ilkesini, özellikle “öngörülebilirlik” çerçevesinde ele aldığı anlaşılmaktadır. Zira, hukuk devletinin tesisi için kamu makamlarının işlemlerinin birey bakımından öngörülebilir olması özel önem içermektedir. Aksi takdirde bireylerin yaptıkları işlemlerin sonuçlarına ilişkin hiç tahmin dahi edemedikleri neticelerle baş başa kalmaları devletin güvenilirliğini sarsacaktır. Dolayısıyla, AYM’nin yaklaşımından öngörülebilirliği yalnızca hukuki belirlilik çerçevesinde ele almadığı, aynı zamanda hukuk güvenlik ile de doğrudan bağlantılı olarak ilkeyi ele aldığı görülmektedir.

Diğer taraftan hukuki belirlilik ilkesinin ihlali niteliğindeki durumlardan biri de içtihat farklılıkları ve çelişkileridir. AYM, yargısal kararlardaki değişikliklerin, hukukun dinamizmini ve mahkemelerin yaklaşımlarını yaşanan gelişmelere uyarlama kabiliyetlerini yansıtması yönüyle olumlu olduğunu ancak, uygulamadaki birlikteliği sağlamaları beklenen yüksek mahkemeler içinde yer alan dairelerin benzer davalarda tatmin edici bir gerekçe göstermeksizin farklı sonuçlara ulaşmalarının, bir kararın belirli bir daireye düştüğü takdirde onanacağı, başka bir daire tarafından ele alındığı takdirde bozulacağı gibi ihtimale dayalı ve birbirine zıt sonuçları ortaya çıkartacağını; bunun ise hukuki belirlilik ve öngörülebilirlik ilkelerine ters düşeceğini vur-



gulamıştır. Ayrıca, böyle bir alginın toplumda yerleşmesi halinde, bireylerin yargı sistemine ve mahkeme kararlarına duymaları beklenen güvenin zarar görebileceğini kararda belirtmiştir<sup>29</sup>.

Nitekim **Anayasa Mahkemesi Aşır Tunç kararında**, “...davada verilen karar Yargıtay’ın önceki içtihadına uygun olmadığı gibi bu karardan sonraki tarihlerde verilen içtihadı da uygun değildir. Dolayısıyla içtihat farklılığının bizzat bu farklılıkları önlemekle görevli Yargıtay Dairesi kararlarından kaynaklandığı anlaşılmaktadır... **Bu durum ise hukuki belirlilik ve öngörülebilirlik ilkelerine ters düşeceği gibi bireylerin yargı sistemine ve mahkeme kararlarına güvenini de sarsmaktadır...**” demek suretiyle Yargıtay’ın daha önceki yerleşik ve istikrar kazanmış kararlarının varlığına rağmen, gerekçe göstermesizin bu uygulamasından vazgeçmesini ve mevcut uygulamada da benzer olaylara ilişkin farklı kararlar vermesini hukuki belirlilik ve öngörülebilirlik ilkelerini zedelemesi nedeniyle Anayasanın 36. maddesinde güvence altına alınan adil yargılanma hakkını ihlal ettiğine hükmetmiştir<sup>30</sup>.

#### **D-) VENEDİK KOMİSYONUNA GÖRE HUKUKİ BELİRLİLİK İLKESİNİN UNSURLARI**

Venedik Komisyonu’nun 11-12 Mart 2016 tarihleri arasında gerçekleşen 106. Genel Oturumunda kabul edilen “**Hukukun Üstünlüğü Kontrol Listesinde**”<sup>31</sup> hukuki belirlilik listesi de ele alınmıştır. Hazır-

<sup>29</sup> AYM Türkan Bal Kararı, Başvuru No: 2013/6932, K.T:6/1/2015, Prg.64; (Başvurucu, kendisi gibi dava açan 305 işçinin ilk derece mahkemelerince işe iadesine karar verildiğini, bu dosyalardan Yargıtay 7. Hukuk Dairesine tevzi edilen kararların onandığını, fakat kendi dosyasının 22. Hukuk Dairesi tarafından incelendiğini ve bizzat olarak reddedildiğini belirtmiştir. Başvurucu devamlı, olay günü raporlu olmasına ve CD’deki görüntülerde yer almamasına rağmen, Yargıtay 22. Hukuk Dairesinin, raporun hastalık nedeniyle olmadığını kabul etmesinden ve 4857 sayılı Kanun’un 20. maddesinin ikinci fıkrasındaki ispat yükünü tersine çevirerek, işverenin iddialarının doğru olmadığını kendisinin ispatlamak zorunda bırakılmasından şikâyetçi olmaktadır. (Prg.28)

<sup>30</sup> AYM., Aşır Tunç Kararı, Başvuru No :2015/17453, K.T:22.01.2019

<sup>31</sup> Venedik Komisyonu “Hukukun Üstünlüğü Kontrol Listesi”, (Rule of Law Checklist, Adopted by the Venice Commission of the Council of Europe), [https://www.venice.coe.int/images/SITE%20IMAGES/Publications/Rule\\_of\\_Law\\_Check\\_List.pdf](https://www.venice.coe.int/images/SITE%20IMAGES/Publications/Rule_of_Law_Check_List.pdf), Prg. 25-63, İET:04/12/2019

lanan metne göre, “hukuki belirlilik” ilkesinin belirlenen 8 alt başlığı şu şekildedir<sup>32</sup>:

**1) Yasamaya Erişim:** Buna göre, tüm yasama işlemlerinin yürürlüğe girmeden yayınlanması ve ücretsiz şekilde, kolaylıkla internet veya resmi bültenler aracılığıyla erişime açık olması gerekmektedir.

**2) Mahkeme Kararlarına Erişim:** Komisyona göre; mahkeme kararları hukuku tesis edeceği, ayrıntılandıracağı ve netleştireceği için bunlara erişim hukuki belirliliğin bir parçasıdır.

**3) Kanunların Öngörülebilirliği:** Komisyona göre, öngörülebilirlik, yalnızca, yasanın uygulanmadan önce sunulması ve etkileri konusunda mümkün olduğunca öngörülebilir olması gerektiği anlamına gelmez, aynı zamanda hukuka tabi kişilerin davranışlarını kendisine uygun biçimde düzenleyebilmesi için yeterli hassasiyet ve netlikle formüle edilmesi gerekir.

**4) Hukukun İstikrarlı ve Tutarlı Olması:** Komisyona göre yasama işlemlerinin veya icra faaliyetlerinin istikrarsızlığı ve tutarsızlığı kişilerin plan ve eylemlerini etkileyebilir. Hukukun değişen şartlara uyum sağlaması bir gereklilik olmakla birlikte ancak bu değişimin kamunun farkındalığı ve tartışması neticesinde olması ve meşru beklentileri olumsuz etkilememesi lazımdır.

**5) Meşru Beklentiler:** Komisyon’a göre, meşru beklentiler ilkesi AB hukukundaki hukuki belirliliğe dair genel ilkenin bir parçası olup, hukuk temelinde iyi niyetle hareket eden kişilerin meşru beklentilerinin boşa çıkarılmamasını ifade etmektedir.

**6) Geçmişe Dönük İşlem Yapmama:** Bu başlık altındaki kıstaslar ise, cezai yasalarda geçmişe dönük düzenlemenin yasaklanmış olması ve bu genel yasağın diğer kanunlara ne ölçüde teşmil edildiğine ilişkindir. Yine de ceza hukuku dışındaki bir alanda bireylerin haklarının geriye dönük sınırlandırılması veya yeni yükümlülükler uygulanması kamu yararına hizmet etmesi ve orantılılık ilkesine uygun olması şartıyla kabul edilebilmektedir.

---

<sup>32</sup> GÜLÇÜR, s.152-153

**7) Kanunsuz Suç ve Ceza Olmaz İlkesi:** İlkenin oldukça açık ve bilinen bir ilke olması nedeniyle, herhangi bir açıklama getirilmemiş ve ilkenin genel uygulaması esas alınmıştır.

**8) Kesin Hüküm İtirazı (Res judicata) :** Komisyona göre hakkında kesin yargı kararı verilmiş hukukî uyuşmazlığın sonsuza kadar çözümlenmiş sayılmasını ve yeniden yargılamaya konu edilememesini ifade eden <sup>33</sup> res judicata ilkesine uyulmalı ve bu doğrultuda nihai kararlara saygı duyulmalı, sadece haklı ve ikna edici nedenler bulunması durumunda yeniden değerlendirme yapılmalıdır.

## **II-) DİSİPLİN HUKUKUNDA HUKUKİ GÜVENLİK ve BELİRLİLİK İLKELERİ**

### **A-) DİSİPLİN SORUŞTURMALARINDA HUKUKİ GÜVENLİK ve BELİRLİLİK İLKELERİ**

Disiplin soruşturması neticesinde kişiye verilen disiplin cezaları, kamu görevlilerinin görev, yetki ve sorumlulukları kapsamında kamu hizmetlerinin yürütülmesi ve kamu yararının devamlılığının sağlanması amacıyla yasal olarak düzenlenmiş yaptırımları ifade etmektedir. Bu nedenle memurlar ve diğer kamu görevlilerinin, Devlet ile olan ilişkileri statü hukuku içerisinde yürütülmektedir. Devlet, hukuki statüleri kanunlarla oluşturulan ve bu statü kurallarına göre mesleğe alınan memurlara; atama, yükselme, aylık, ödül, disiplin, sınav vb. hak veya yükümlülükler öngörebilir.

Devlet ile kamu görevlisi arasındaki statü hukukunun bir gereği olarak hukuk devletinde ceza hukukuna ilişkin düzenlemelerde olduğu gibi disiplin hukuku açısından da Anayasaya ve ceza hukukunun temel ilkelerine bağlı kalmak koşuluyla hangi eylemlerin suç sayılacağı, bunlara uygulanacak yaptırımın türü ve ölçüsü, cezayı ağırlaştırıcı

---

<sup>33</sup> Ayrıntı için bkz GÖZLER, Kemal, *Res Iudicata'nın Türkçesi Üzerine*, AÜHFD, Y.2007, C.56, S.2, s.46 vd.

ve hafifleştirici nedenlerin belirlenmesi gibi konularda kanun koyucunun takdir yetkisi bulunmaktadır<sup>34</sup>.

Hukuki belirlilik ve güvenlik ilkelerinin bir gereği olarak devletin kural koyma, kuralları uygulayarak toplumsal düzeni tesis etme ve kuralların uygulanması sırasında ortaya çıkan uyuşmazlıkları çözüme kavuşturma faaliyetlerinin herkese eşit, objektif, istikrarlı, usuli ve yargısal güvencelere uygun olarak yürütülmesi açısından hukukun bilinir, öngörülebilir ve ulaşılabilir olması gerekmektedir. Hukuki belirlilik ve güvenlik ilkesi bir yandan devletin bütün kurumlarına hukuk kuralları ile bağlı kalma yükümlülüğü yüklerken, diğer yandan ise kişilere bireyler arası ve devlet ile ilişkilerinde hukuka uyma sorumluluğu getirmektedir<sup>35</sup>.

Hukuk devletinde yasamanın disiplin hukukuna ilişkin suç ve cezaları belirlemede takdir hakkı olmakla birlikte, disiplin cezası vermeye yetkili amir ve kurullar, disiplin cezalarının verilmesinde zamanlaşımı ve karar verme süreleri, disiplin kurullarının çalışma usul ve yöntemleri, kurul kararlarına itiraz ve savunma hakkı başta olmak üzere kamu görevlilerinin hakları, cezaların tatbik edilme şekli ve disiplin cezalarının hangi hâllerde özlük dosyasından silinebileceği gibi konuların da ilgili kanuni düzenlemede yer alması gerekmektedir<sup>36</sup>. Dolayısıyla kanunda hiçbir esas getirilmeden, disiplin suçu oluş-

---

<sup>34</sup> “...Kanun koyucu, kural ile yükseköğretim kurumlarında görevli öğretim elemanları, memurlar ve diğer personele uygulanabilecek disiplin cezalarını sayma yoluyla belirleyerek düzenlemiştir. Dolayısıyla, dava konusu kuralın uygulanması açısından kapsama dâhil personel için herhangi bir belirsizlik bulunmadığı gibi hukuk devleti ilkesi ile kanunla düzenleme esasını öngören suçta ve cezada kanunilik ilkesine de aykırılık bulunmamaktadır.

Açıklanan nedenlerle, dava konusu kural Anayasanın 2. ve 38. maddelerine aykırı değildir. İptal isteminin reddi gerekir... (AYM., 2014/100 E., 2015/6., 14.1.2015 T.)” 9

<sup>35</sup> ÇAĞLAR,Selda, Hukuk Devletinin Hukuki Belirlilik İlkesi Üzerinden Değerlendirilmesi, 1. B., Beta Yayım Dağıtım A.Ş., İstanbul, 2013, (2013), s.2; ŞEN, Mahmut, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Hâkim ve Savcılara İlişkin Disiplin Soruşturmalarının Esasları, TBB Dergisi, Y. 2015, S.121. s.41

<sup>36</sup> “...Dava konusu kural ile düzenlenmesi öngörülen hususlar, hangi fiillerin hangi disiplin cezalarını gerektireceği, bentte sayılan kişilerin disiplin işlemleri ve disiplin amirlerinin yetkileri gibi konuları içermektedir. Kamu görevlileri olarak memurların ve öğretim elemanlarının disiplin işlemleri konusunda kuralla getirilmiş bir ka-

turan fiillerin belirlenmesinin idareye bırakılması, hukuk devleti ilkesi açısından da, suçların ve idarenin kanuniliği ilkeleri açısından da kabul edilemez. Ayrıca anayasal hükümler çerçevesinde disiplin suç ve cezalarının kanunda atıf yapılmak suretiyle yönetmelikle düzenlenmesi de mümkün değildir. Bu kapsamda idarenin bu yetkiyi kullanırken yönetmelikle yapacağı düzenleme ve vereceği disiplin cezalarının yargı denetimine tâbi olması sonucu değiştirmeyecektir. Nitekim Anayasa Mahkemesi 04.11.1981 tarihli ve 2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu'nun 53. maddesinin (b) fıkrasının ikinci cümlesini disiplin uygulamaları ile ilgili olarak genel ilkeleri ortaya koymamasını ve disiplin cezalarını gerektiren hâl ve durumları belirlememesini, kapsama dâhil personelin disiplin işlemlerine dair usul ve esasların kanunda gösterilmeyerek, tüm bu işlemlerin Yükseköğretim Kurulunca düzenlenmesinin öngörülmesini, Anayasanın 38, 128 ve 130. maddeleriyle bağdaşmaması nedeniyle iptal etmiştir.

## **B-) SUÇ VE CEZALARIN KANUNİLİĞİ İLKESİ**

### **1-) Genel Olarak**

Hukuki güvenlik ve belirlilik ilkelerinin varlığının en bariz olarak ortaya çıktığı anayasal hükümlerden biri de Anayasa'nın 38. maddesidir. Anayasa'nın 38. maddesinin ilk fıkrasında, "*Kimse, kanunun suç saymadığı bir fiilden dolayı cezalandırılmaz*"; üçüncü fıkrasında da "*Ceza ve ceza yerine geçen güvenlik tedbirleri ancak kanunla konulur.*" denilerek "*suç ve cezanın kanuniliği*" ilkesi getirilmiştir. Kişilerin yasak eylemleri önceden bilmeleri düşüncesine dayanan bu ilkeyle temel hak ve özgürlüklerin güvence altına alınması amaçlanmaktadır. Anayasanın 38. maddesinde idari ve adli cezalar arasında bir ayrım

---

*nuni güvence bulunmamaktadır. Söz konusu disiplin işlemleri, Anayasanın yukarıda yer alan hükümleri gereğince kanunla düzenlenmesi öngörülen hususlardır. Bu hâliyle öğretim elemanları, memurlar ve diğer personel için getirilmiş herhangi bir kanuni güvence bulunmadığı gibi yasal olarak belirlilik de sağlanmamıştır. Kural, sadece Devlet memurlarına uygulanan usul ve esasların göz önüne alınmasını düzenlemiş ancak bunun dışında herhangi bir kanuni düzenlemeye yer vermemiştir...(AYM., 2014/100 E., 2015/6., 14.1.2015 T.)"*

yapılmadığından disiplin cezaları da bu maddede öngörülen ilkelere tâbidir.

Suç ve cezaların henüz fiil işlenmeden önce belirlilik, kesinlik, açıklık ve kıyas yasağı esaslarına göre kanunla düzenlenmesini ifade eden suç ve cezaların kanuniliği ilkesi, tutarlı ve istikrarlı normatif standartlar üretmek zorunluluğunun bir parçası olarak kuralların fiilden önce kamuya açıklanmasını esas almaktadır<sup>37</sup>.

Kanunsuz suç ve ceza olmaz prensibini temel hukuki öncelikler içinde kabul eden demokratik özgürlükçü toplumlarda kanunla düzenleme ilkesi, kamusal hayatın vazgeçilmez merkezi değeri konumdadır. Bu ilkenin temel amacı, yasama organından kaynaklanmayan yazılı ve sözlü kaynakların (tüzük, yönetmelik, kararname, adsız düzenleyici işlemler, yargısal içtihat, öğreti, örf-adet, gelenek, ahlak vb.) suç ve ceza yaratma yeteneğini elinden alarak yürütme erkine atfedilen hukuk kaynaklarını etkisizleştirmek; örf-adetler ve hakimin hukuk yaratması yoluyla suç ve güvenlik tedbirleri ihdas edilmesini reddederek de yargı erkinin keyfililiğini ve ayrımcı tutumunu önlemektir<sup>38</sup>. Diğer bir ifade ile kanunun alternatifi olarak hukukun genel ilkeleri, örf-adet kuralları, hakimin hukuk yaratarak boşluk doldurması ve bilimsel içtihatlar gibi hukuk kaynakları kullanılarak kanunda düzenlenmeyen konuda suç yaratılmamalı ve cezalar ağırlaştırılmamalıdır<sup>39</sup>.

Burada temel amaç; kuralların açık, tutarlı ve ileriye yönelik olmasını öngören formel kanuniliğin önkoşullarını asgari düzeyde de olsa karşılamaktır. Bu kapsamda kanunda açıkça suç olarak düzenlenmemiş bir fiil, benzerlik gösterdiği olay ve olguya yaklaştırılarak veya kanundaki mevcut düzenleme ve ilkeler, kanunda öngörülmeyen benzer durum kapsamına alınarak suç tarifi içine dâhil edilemeyecektir. Dolayısıyla bu kural, "*genelin iyiliğine kasteden fiil ve hareketler, sosyal tehlikelilik ve zararlı olma hali, toplumsal savunma, halkın saf ve selim takdiri, toplumun himayesi, sosyal savunma politikası, iyi düzenin*

<sup>37</sup> BULUT, Metin, Kamu Görevlileri Disiplin Hukukunda Kanunilik İlkesini Yeniden Düşünmek, Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, Y.6, Aralık 2018, S.12, s.227

<sup>38</sup> BULUT, s.236

<sup>39</sup> BULUT, s.237

*sürdürülmesi*" gibi gerekçelerle kanunun belirliliğini kıyas yoluyla genişletmeyi hedef tutan yaklaşımlara kapalıdır<sup>40</sup>.

Anayasa'nın 38. maddesinde düzenlenmiş olan suç ve cezaların kanuniliği ilkesi uyarınca ceza yaptırımına bağlanan fiilin kanunun "açıkça" suç sayması şartına bağlanmış olmasıyla, suç ve cezalara ilişkin düzenlemelerin şekli bakımından kanun biçiminde çıkarılması yeterli olmayıp bunların içerik bakımından da belirli amacı gerçekleştirmeye elverişli olmaları zorunludur. Bu noktada kanun metni, bireylerin hangi somut fiil ve olguya hangi hukuksal yaptırımın veya sonucun bağlandığını belirli bir açıklık ve kesinlikte öngörebilmelerine imkân verecek düzeyde kaleme alınması gerekmektedir. Böylelikle belirli bir kesinlik içinde kanunda hangi fiile hangi hukuksal yaptırımın bağlandığının bireyler tarafından bilinmesi ve eylemlerin sonuçlarının öngörülebilmesi gerekir.

Suç ve cezaların kanuniliği ilkesi sadece ceza hukuk bağlamındaki suç ve cezalar değil aynı zamanda disiplin hukukundan kaynaklanan disiplin suç ve cezaları bakımından da geçerli bir ilkedir. Bu noktada Anayasanın 38. maddesindeki genel ilke ile "*İdarenin, kuruluş ve görevleriyle bir bütün olduğunu ve kanunla düzenlenmesi*" gereğini ifade eden "**İdarenin bütünlüğü ve kamu tüzelkişiliği**" başlıklı 123. maddede düzenlemesi de aynı ilkenin bir gereğidir.

Diğer taraftan Anayasanın 128/2. maddesinde yer alan "Memurların ve diğer kamu görevlilerinin nitelikleri, atanmaları, görev ve yetkileri, hakları ve yükümlülükleri, aylık ve ödenekleri ve diğer özlük işleri kanunla düzenlenir" kuralı kamu görevlilerine yönelik disiplin suç ve cezalarının kanunilik ilkesi açısından diğer bir temel dayanağıdır. Aynı şekilde temel hak ve hürriyetlerin ancak kanunla sınırlanabileceğini öngören Anayasa'nın 13. maddesi de anayasal güvence teşkil etmesi bakımından kanunilik ilkesini kapsayan temel bir norm niteliğindedir<sup>41</sup>. Bu noktada Anayasa'nın "**Hakimlik ve savcılık mesleği**" kenar başlıklı 140/3. maddesinde yer alan "Hakim ve savcılarının nite-

<sup>40</sup> BULUT, s.238

<sup>41</sup> BULUT, s.241

likleri, atanmaları, hakları ve ödevleri, aylık ve ödenekleri, meslekte ilerlemeleri, görevlerinin ve görev yerlerinin geçici veya sürekli olarak değiştirilmesi, haklarında disiplin kovuşturması açılması ve disiplin cezası verilmesi, görevleriyle ilgili veya görevleri sırasında işledikleri suçlarından dolayı soruşturma yapılması ve yargılanmalarına karar verilmesi, meslekten çıkarmayı gerektiren suçluluk veya yetersizlik halleri ve meslek içi eğitimleri ile diğer özlük işleri mahkemelelerin bağımsızlığı ve hakimlik teminatı esaslarına göre kanunla düzenlenir.” hükmü hakim ve savcılara ilişkin disiplin ve suç soruşturmalarına ilişkin usul ve esasların kanunilik ilkesine göre yürütüleceğini açıkça vurgulayan anayasal bir hükümdür.

Bu noktada savunma hakkı ve disiplin cezalarına karşı yargı yolunun açılması gibi, kanunilik ilkesi de esasen 1982 Anayasası’nda kamu personeli disiplin hukukuna hakim kılınan çekirdek ilke konumundadır. Özellikle Anayasanın 128, 130 ve 140. maddeleri, disiplin suç ve cezaları alanında münhasır kanunilik ilişkisi kuran temel hükümlerdir. Dolayısıyla kıyas metodu kullanılarak idari yaptırımlara sebebiyet verecek suç tipleri yaratılmaması, idari tasarruflar yoluyla suç ve ceza ihdas edilmemesi ve eylemin belirlik esaslarına uygun olarak kanunla düzenlenmesi mutlak bir zorunluluk arz etmektedir<sup>42</sup>.

Nitelik ve ağırlıkları itibariyle benzer nitelikli eylemlere ceza verme yetkisinin idareye tanınması ve kıyasa olanak tanıyan genel suç tipleri yaratılması, düzenleme konusu fiillerin açıklık ve tipiklik ilkelerinden uzaklaştırılmasına yol açacağı gibi, çalışanların sahip olması gereken hukuk güvencesine büyük zararlar vererek kamu otoritesine duyulan saygınlığın ve çalışma barışının zarar görmesine ne-

---

<sup>42</sup> ASLAN, Zehreddin/ALTINDAĞ, Halil, Memurların Disiplin ve Ceza Soruşturması, 1.B., Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2018, s.49; BULUT, s.245; KILINÇARSLAN, Saniye, Disiplin Hukukunda İdarenin Takdir Yetkisinin Kanunilik İlkesi Çerçevesinde Yargısal Denetimi, Fasikül Hukuk Dergisi, Y.2015, Cilt7, S.62, s. 21,23.; NİŞANCI, Dilaver, Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında Disiplin Suç ve Cezalarında Kanunilik İlkesi, Fasikül Hukuk Dergisi, Y.2015, C.7, S.62, s. 40



den olacaktır. Bu konuda 657 sayılı Kanunun 125. maddesi yasallık ilkesine aykırılık oluşturan bu sıkıntılı hale örnek gösterilebilir<sup>43</sup>.

Kamu görevlisine uygulanacak disiplin suç ve cezalarının kanunda gösterilmeyip pratik mülhazalarla idari takdir ve tasavvura bırakılması aynı zamanda belirsizliğe de neden olacağından, disiplin amir ve kurulları bu hukuki boşluk nedeniyle aynı idari iş ve işlemler için farklı uygulamalara yönelebileceklerinden idarenin kamu görevlileri disiplin hukuku alanında sahip olduğu kurumsal cezalandırma yetkisini anayasal buyruklar doğrultusunda kullanabilmesi için suç ve ceza içeren hükümler mutlak surette kanun koyucu tarafından belirlenmelidir<sup>44</sup>.

Kanunda öngörülen cezalar sisteminin dışında farklı bir cezai yaptırımın kamu görevlileri hakkında uygulanmamasına ve cezalarda kanuniliğe mutlak olarak riayet edilmesi, idare hukuku çevresinde disiplin rejimi açısından üzerinde ittifak edilmiş önemli bir hukuki kabuldür. Bu çerçevede disiplin suçları açısından ceza uygulanacak fiillerin örnek niteliğinde olmasının ve kıyasa cevaz verilmesinin anayasal haklara tehdit oluşturacağı açıktır. Bu temel ilkenin ihlali neticesinde devlet memurluğundan çıkarma cezasına karşılık gelen fiillerin kıyas yoluyla genişletilmesi durumunda Anayasanın 70. maddesinde düzenlenen “kamu hizmetine girme hakkı”nın ihlal edileceği, aylıktan kesme ve kademe ilerlemesinin durdurulması cezalarına karşılık gelen fiillerin genişletilmesi sonucunda ise, memurun ücret rejimi ve kariyer düzenine etki etmesi nedeniyle temel hak ve hürriyetler kapsamında mülkiyet hakkının ihlal edileceği görülmektedir<sup>45</sup>. Dolayısıyla disiplin hukukunun kendine özgü şartları gerekçe yapılarak ceza

---

<sup>43</sup> YEŞİL, İsmail, Anayasal İlkeler Çerçevesinde Disiplin Cezaları, *Terazi Hukuk Dergisi*, Y.2010, S.52, s. 28.; PINAR, İbrahim, Disiplin Suçlarının ve Cezalarının Düzenlenmesinde Yasallık İlkesine Uyuma Zorunluluğu ve Kesinleşen Disiplin Cezalarının İdari Bir İşlemlerle Kaldırılmayacağı İlkesi, *Terazi Hukuk Dergisi*, Y.2012, S.74, s. 44

<sup>44</sup> BULUT, s.248

<sup>45</sup> GÜRKAN, Mehmet Fatih, 657 Sayılı Devlet Memurları Kanunu Kapsamında Disiplin Suç ve Cezalarının Kanuniliği, *Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Y.2014, C.4, S.1, s. 63-70.; YILDIRIM, Turan / YASİN, Melikşah / KARAN, Nur / TEKİNSOY, Özge Okay / ÖZDEMİR, H. Eyüp / ÜSTÜN, Gül: *İdare Hukuku*, 4. Basım, XII Levha Yayınları, İstanbul, 2012, s. 421-425; BULUT, s.250

hukuku prensiplerinden ayrılmak, anayasal güvence altındaki kamu-  
sal haklar, kamu hizmeti gerekleri ve memur güvenliği bakımından  
birçok ihlalin ortaya çıkmasına neden olabilecektir<sup>46</sup>.

## **2-) Anayasa Mahkemesi'nin Disiplin Soruşturmalarında Kanunilik İlkesine Bakış Açısı**

Kanunilik ilkesinin disiplin hukukundaki uygulamasına ilişkin  
olarak Anayasa Mahkemesi verdiği bir kararında disiplin cezalarının  
kanunilik ilkesinin kapsamında olduğunu ve idari kararlar ceza ihdası-  
nın söz konusu olamayacağını açıkça vurgulamıştır<sup>47</sup>.

Diğer taraftan **Anayasa Mahkemesi 2013/110 Esas, 2014/8  
Karar ve 16.1.2014 Tarihli** kararında 657 sayılı Devlet Memurları  
Kanunu'nun 125/E-g maddesinde yer alan *"memurluk sıfatı ile bağ-  
daşmayacak nitelik ve derecede yüz kızartıcı ve utanç verici hareketler-  
de bulunmak"* hükmünü Anayasa'nın 38 ve 128. maddeleri bakımın-  
dan Anayasaya aykırı bulmamıştır. Mahkemeye göre belirsiz olduğu  
ileri sürülen *"memurluk sıfatı ile bağdaşmayacak nitelik ve derecede  
yüz kızartıcı ve utanç verici hareketlerin"* idarenin faaliyetleri çok çe-  
şitli, karmaşık ve değişken olduğundan önceden öngörülmesi, tek tek  
ortaya konulması ve tespiti imkansızdır. Dava konusu norma daha  
kesin ve açık bir düzenlemeye olanak tanınmaması sebebiyle yer ve-  
rilmiş olduğu anlaşıldığından kuralda geçen kavramların kullanılma-  
sında belirlilik ilkesine aykırı bir yön de bulunmamaktadır. Genel bir  
belirlemenin yapılmadığı fıkrada, disiplin cezası gerektiren hareketle-  
rin memurluk sıfatı ile bağdaşmayacak derecede yüz kızartıcı ve  
utanç verici olması gerektiği hükme bağlanarak kuralın çerçevesinin  
somut olay ve olgulara göre çizilmesi öngörülmektedir. Mahkemeye  
göre itiraz konusu kural dayanak alınarak tesis edilen idari işlemlere  
karşı yargı yolu açık olup belirsiz olduğu ileri sürülen kavramlar ve bu  
kavramların işaret ettiği hareketlerin yargı kararları yoluyla da so-  
mutlaştırılabilmesi mümkündür.

<sup>46</sup> KARAHANOĞULLARI, Onur, Memur Disiplin Hukukunun Niteliği ve İlkeleri, Çağ-  
daş Yerel Yönetimler Dergisi, Y.1999, C. 8, S.3, s. 62; BULUT, s.250

<sup>47</sup> AYM, 1990/12 E., 1991/7 K., 4.4.1991T.

**Anayasa Mahkemesi 2010/28 Esas, 2011/139 Karar ve 20.10.2011 Tarihli** kararında, “...Anayasanın 38. maddesinin ilk fıkrasında, “Kimse, ... kanunun suç saymadığı bir fiilden dolayı cezalandırılmaz” denilerek “suçun yasallığı”, üçüncü fıkrasında da “ceza ve ceza yerine geçen güvenlik tedbirleri ancak kanunla konulur” denilerek, “cezanın yasallığı” ilkesi getirilmiştir. Anayasada öngörülen suçta ve cezada yasallık ilkesi, insan hak ve özgürlüklerini esas alan bir anlayışın öne çıktığı günümüzde, ceza hukukunun da temel ilkelerinden birini oluşturmaktadır. Anayasanın 38. maddesine paralel olarak Türk Ceza Kanunu’nun 2. maddesinde yer alan “suçta ve cezada kanunilik” ilkesi uyarınca, hangi eylemlerin yasaklandığı ve bu yasak eylemlere verilecek cezaların hiçbir kuşkuya yer bırakmayacak biçimde yasada gösterilmesi, kuralın açık, anlaşılır ve sınırlarının belli olması gerekmektedir. Kişilerin yasak eylemleri önceden bilmeleri düşüncesine dayanan bu ilkeyle temel hak ve özgürlüklerin güvence altına alınması amaçlanmaktadır. Anayasanın 38. maddesinde idari ve adli cezalar arasında bir ayırım yapılmadığından disiplin cezaları da bu maddede öngörülen ilkelere tâbidir...” ifadelerine yer verilmiştir.

**Anayasa Mahkemesi 2015/85 Esas, 2016/3 Karar ve 13.01.2016 Tarihli** kararında ise, Anayasanın zikredilen 38. madde hükmüyle idari suç ve cezalar ile adli suç ve cezalar arasında bir ayrıma gitmediğini, korunan hukuki değer bakımından adli ve idari suçların eşit himayeye mazhar olduklarını, her iki ceza türünün de bir ihlale karşılık olarak cebir unsuru içerdiği görüşüne yer vermiş olsa da ihlalin yol açtığı hukuki sonuçlar için farklı bir değerlendirme yapmıştır. Mahkeme adli suçlar için öngörülen cezaların idari suçlara kıyasla genelde daha ağır olması, hürriyeti bağlayıcı sonuçlar doğurması, idari suçlarda ihlal edilen hukuki değere kanun koyucunun daha az önem atfetmesi ve idari yaptırımların idari usuller izlenerek uygulanması gibi gerekçelerle Anayasanın 38. maddesindeki düzenlemenin “aynı boyut ve kapsamda” idari suçlara adapte edilmesini mahkeme, maksada ve maslahata uygun bir tutum olarak kabul etmemiştir. Dolayısıyla disiplin suçlarını düzenleyen hükmün kapsam ve unsurlar bakımından genel çerçevesinin kanunla tespit edilmesi koşu-

luyla içeriğinin idarenin genel ve düzenleyici işlemleriyle somutlaştırılmasına Anayasa Mahkemesi kararlarında açıkça cevaz verildiği görülmektedir.

### **3-) Danıştay'ın Disiplin Soruşturmalarında Kanunilik İlkesine Bakış Açısı**

Danıştay ise Anayasa'nın 38. maddesinin üçüncü fıkrasında ifade-sini bulan "kanunsuz suç veya ceza olmaz" ilkesinin bir gereği olarak, yasaların açıkça düzenleme yapmadığı bir konuda, başka ceza hükümlerinin kıyasen uygulanmasını hukuki sınırlar içinde görmemiş, yaptırım gerektiren fiilin tüm unsurları tamam olmadan failin cezalandırılmayacağı yolundaki ceza hukuku ilkesi gereğince varsayım ya da kıyas yoluyla ceza uygulanmasının hukuka uygun bir tutum olmayacağına verdiği birçok kararında vurgulamıştır. Ayrıca Danıştay kanunda öngörülme-yen veya kanunun yürürlükte olduğu dönemde düzenlenmeyen bir cezanın idari düzenlemeyle getirilmesinin "cezanın kanunla konulması" genel kuralının ihlali anlamına geldiğini de kararlarında belirtmektedir<sup>48</sup>.

Nihai olarak cezaların verilme koşullarının saptanması, disiplin suç ve cezalarıyla ilgili genel ilkelerin ve muayyen bir çerçevenin ana hatlarıyla da olsa ortaya konularak yeterli kanuni güvence sağlanması veya bireylerin hangi somut fiil ve olguya ne yönde bir hukuksal yaptırımın veya sonucun bağlandığını belirli bir açıklık ve kesinlikte öngörebilmelerine yasal çerçevede imkân tanınması, cezanın açıkça miktar ya da alt ve üst sınırlar belirlenerek gösterilmesi ve eylemlerin içeriğinin belirsiz bırakılmaması suç ve cezaların kanuniliği ilkesinin bir gereğidir. Zira kanunilik ilkesi kapsam, boyut ve uygulama süreçleri açısından ulusal ve uluslararası hukuk kaynaklarına başvurularak pozitif anayasal ve yasal dayanaklarla birlikte açıklanması gereken genel bir hukuksal çerçeveyi temsil etmektedir. Kanunla düzenleme

<sup>48</sup> Danıştay.15. D., 2011/2414 E., 2013/4072 K., 5.6.2013 T.; 13.D., 2010/2490 E., 2013/2706 K., 1.11.2013 T.; 10.Daire, 2010/1636 E., 2014/1040 K., 21.2.2014 T.; 10. D., 2001/2834 E., 2002/4024 K., 23.10.2002 T.; 9. D., 2000/1515 E., 2002/4125 K., 10.10.2003 T.; 13.D., 2009/2719 E., 2011/3306 K., 4.7.2011 T.; 3.D., 2012/1761 E., 2015/3576 K., 25.5.2015 T.

esasının geçerli olması, idarenin düzenleyici işlemleriyle suç veya ceza yaratılmaması, örf-adet kurallarına dayanılmaması, kıyas yasağı, geçmişe yürümezlik ve önceden hesaplanabilirlik bu çok yönlü hukuksal birikimin doğurduğu istikrar kazanmış temel ilkeler niteliğindedir<sup>49</sup>.

## C-) 2802 SAYILI KANUN BAĞLAMINDA KANUNİLİK İLKESİ

### 1-) Genel Olarak

Yukarıda da izah edildiği üzere kanunsuz suç ve ceza olmaz ilkesi, suçta kanunilik ve cezada kanunilik olmak üzere iki ilkeyi bünyesinde barındırmaktadır. Suçta kanunilik, kanunlarda suç olarak düzenlenmeyen hiçbir fiilden dolayı bireyin cezalandırılmayacağını, cezada kanunilik ise kanunda yer almayan bir cezanın kişiye uygulanamamasını ifade etmektedir. Diğer bir ifade ile suçta kanunilik işlenen fiil ve davranışla ilgiliyken cezada kanunilik yaptırım ile ilgili bir durumdur<sup>50</sup>.

2802 sayılı Kanunun "**Disiplin cezaları**" kenar başlıklı 62. maddesinde hakim ve savcılara; sıfat ve görevleri gereklerine uymayan hal ve hareketlerinin tespit edilmesi üzerine durumun niteliğine ve ağırlık derecesine göre, Hakimler ve Savcılar Kurulunca aşağıda yazılı disiplin cezalarından birinin verileceği düzenlenmiştir. Kanunda belirlenen disiplin cezaları şunlardır:

- 1) Uyarma,
- 2) Aylıktan kesme,
- 3) Kınama,
- 4) Kademe ilerlemesini durdurma,
- 5) Derece yükselmesini durdurma,

---

<sup>49</sup> BULUT, s.269

<sup>50</sup> BOZ, Selman Sacit, Memur Disiplin Hukukuna Hâkim Olan Temel İlkeler, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y. 2017, C.25, S.2, s.21; AKYILMAZ, s.247; KAYA, s. 63

- 6) Yer değiştirme,
- 7) Meslekten çıkarma.

Görüldüğü üzere disiplin soruşturmaları sonucu olarak verilecek disiplin cezaları tahdidi olarak belirlenmiştir. Disiplin cezaları açısından kanunilik ilkesi geçerli olup bu yedi disiplin cezasının dışında başka bir disiplin cezası verilemez. Dolayısıyla bu cezaların haricinde, aylığın tamamen kesilmesi, geçici olarak memurun görevine son verilmesi ya da başka bir ceza verilmesi kanunilik ilkesine aykırı olacaktır.

Diğer taraftan 2802 sayılı Kanunda disiplin cezaları tahdidi olarak belirtilmesine karşın disiplin cezası gerektiren disiplin suçları örnekleme (tadadi) yoluyla belirtilmiştir. Diğer bir ifade ile disiplin suçları tahdidi yani sınırlı sayıda değildir. Zira uyarma cezasını düzenleyen 63. maddenin (f) bendi; kınama cezasını düzenleyen 65. maddenin (ı) bendinde; kademe ilerlemesini durdurma cezasını düzenleyen 66. maddenin (e) bendinde yer alan “*Nitelik ve ağırlıkları itibarıyla yukarıda belirtilen benzeri eylemlerde bulunmak*” şeklinde yer verilen düzenleme bazı disiplin cezalarını gerektiren eylemler bakımından tahdidi bir yöntemin benimsenmediğini göstermektedir. Bu şekilde kıyasla izin veren bu maddeler göstermektedir ki disiplin cezaları açısından kanunilik ilkesi geçerli iken disiplin suçlarında kanunilik ilkesi esas alınmamıştır. Benzer hükümlerin 657 sayılı Kanun’un 125. maddesinde de yer aldığı görülmektedir. Disiplin soruşturmalarının yargı bağımsızlığı ve tarafsızlığı ile hakimlik teminatına olan etkileri dikkate alındığında bu hükümlerin hakim ve savcı soruşturmaları bakımından sıkıntılı ve keyfilik içerdiği açıktır. Kanunilik ilkesinin bir gereği olarak disiplin suçlarının net olarak kanunda belirlenmesi gerekmektedir. Her ne kadar disiplin suçlarının tek tek belirlenmesi hizmet gereklerine uygun olmayıp imkânsız gibi görülse de kıyas, tıpkı ceza hukukunda olduğu gibi disiplin hukukunda da yasaklanmalıdır<sup>51</sup>.

---

<sup>51</sup> BOZ, s.23 Dn.15

## 2-) Kanun Hükmünde Kararname ile Disiplin Suç ve Cezasının Getirilememesi

Yukarıda da belirtildiği gibi disiplin hükümlerinin kanunla düzenlenmesi kanunilik ilkesinin bir gereğidir. Bu bağlamda Anayasa'nın 140/3. maddesinde hakim ve savcılarla ilgili hususların kanunla düzenleneceği emredici olarak hüküm altına alınmıştır. Bu durumda olağanüstü hal ya da normal KHK ile Anayasanın 140 ve 2802 sayılı Kanun'un ilgili hükümleri çerçevesinde disiplin suç ve cezasının ihdası mümkün değildir.

667 sayılı KHK ile Anayasanın 139 ve devamı maddelerindeki esaslar çerçevesinde disiplin cezalarını düzenleyen 2802 sayılı Kanunda olmayan yeni bir disiplin suçu ihdas edilmiştir. 667 sayılı KHK'nın 3. maddesinde *"Terör örgütlerine veya Milli Güvenlik Kurulunca Devletin milli güvenliğine karşı faaliyette bulunduğu karar verilen yapı, oluşum veya gruplara üyeliği, mensubiyeti veya iltisakı yahut bunlarla irtibatı olduğu değerlendirilen"* yargı mensuplarına ilişkin yapılacak disiplin işlemleri düzenlenmiştir. Aynı şekilde 680 sayılı KHK ile de hakim ve savcılar hakkındaki yargılamaların yapılacağı mahkemeler belirlenmiştir. Bütün bunlar Anayasanın açık hükmüne aykırıdır. Nitekim Anayasa Mahkemesi geçmişte 22 Ocak 1990 günlü, 399 sayılı "Kamu İktisadi Teşebbüsleri Personel Rejiminin Düzenlenmesi ve 233 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin Bazı Maddelerinin Yürürlükten Kaldırılmasına Dair Kanun Hükmünde Kararname"nin disipline ilişkin hükümlerini iptal ettiği kararda *"...Anayasanın 38. maddesinde idari ve adli cezalar arasında bir ayırım yapılmamış, ayrıca ceza yerine geçen güvenlik önlemleri de madde kapsamına alınmıştır. Buna göre, disiplin cezaları Anayasanın 38. maddesi kapsamındadır.*

*KHK'nin 60. maddesinde, cezalara ilişkin düzenlemelerin KHK'nin yasalaştığı tarihte yürürlüğe gireceği hükme bağlanmıştır. Gerçi bu maddede açıkça 44., 45., 46., 47., 48., 49. ve 50.. maddelerden söz edilmemiştir ama cezalara ilişkin düzenlemeler, KHK'nin bu maddelerinde yer almıştır. Bu yüzden anılan maddelerin yürürlüğünün KHK'nin yasalaşma tarihine bırakıldığı anlaşılmaktadır.*

*İnceleme konusu maddeler KHK'nin 11. maddesinin (b) ve (c) bendiyle ilgili bölümünde açıklanan nedenlerle anayasal denetime bağlıdır. Anayasanın, "Suç ve cezalara ilişkin esaslar" başlıklı 38. maddesi, İkinci Kısmı'nın İkinci Bölümü'nde yer almaktadır. Bu bölümde yer alan haklar ve ödevler Anayasanın 91. maddesi uyarınca KHK ile düzenlenemeyecek konular kapsamına girmektedir.*

*Bu yüzden, KHK'nin disiplin cezaları ile ilgili hususları düzenleyen 44., 45., 46., 47., 48., 49. ve 50. maddeleri, Anayasanın 91. maddesine aykırıdır..."* demek suretiyle disiplin suç ve cezalarının Anayasanın 38. maddesi kapsamında olması nedeniyle kanun hükmünde kararname ile düzenlenemeyeceğine hükmetmiştir<sup>52</sup>.

### **3-) Venedik Komisyonunun Bu Konudaki Görüşü**

Venedik Komisyonu'nun "*Türkiye Hakimler ve Savcılar Kanunu Taslağı*" hakkındaki 610/2011 sayılı görüşünde, disiplin hükümlerinin somut olarak düzenlenmemesi eleştiri konusu yapılmıştır. Görüşte, somut olarak düzenlenmeyen fiiller nedeniyle disiplin süreci, hoş gitmeyen kararlar veren hakimlere karşı kullanılma riskini taşıdığından, bu riskin bertaraf edilmesi için karar verecek mercilerce bu hükümlerin dar yorumlanması gerektiği belirtilmiştir<sup>53</sup>. Komisyonun 2802 sayılı Kanunun mevcut maddeleri ve değişiklik önerilerinde temel olarak belirsiz, muğlak ve kötüye kullanılabilir ifade ve kavramlar üzerinde durduğu görülmektedir. Özellikle disiplin süreçlerinde hukuki belirlilik ilkesine uygun olarak yasal mevzuatın ele alınması gerektiği, her madde eleştirisinde dile getirilmiştir. Nihai olarak disiplin müeyyidelerindeki ön şartların ve diğer hususların daha somut düzenlenmemesi halinde bunların yargısal faaliyetlerin dolaylı olarak müeyyide altına alınması için kötüye kullanılabilirliği vurgulanmıştır.

Bu kapsamda Komisyon 2802 sayılı Kanunun "*Hakimlik ve savcılık görevlerinin sona ermesi*" kenar başlıklı 53. maddesinin birinci

<sup>52</sup> AYM, 1990/12 E., 1991/7 K., 04.04.1991. T.

<sup>53</sup> ŞEN, s.42; "Hakimler ve Savcılar Kanun Tasarısı Hakkındaki Görüş", <http://www.abgm.adalet.gov.tr/yayinlar/venedik/belgeler/TurkiyeHakimlerleSavcilarKanunuTaslagiHakkindaGorus.pdf>, İET: 11/12/2019



fıkrasının (a) bendinde yer alan “meslekte kalmalarının uygun olmadığına karar verilmesi” ifadesinin tamamen isabetsiz görüldüğünü belirtmiştir. Burada komisyonun üzerinde durduğu husus “uygun olmayan” kavramının soyut ve belirsiz olmasıdır. **(Prg.54)** Nitekim 15 Temmuz Darbe girişimi sonrası ihraç edilen hakim ve savcılarının açmış oldukları iptal davalarına HSK tarafından verilen savunmalarda yapılan ihraçlar bu maddeye dayandırılmak istenmiştir. HSK dava konusu işlemin bir disiplin işlemi olmayıp, hakimlik-savcılık mesleğine kabul edilmenin şartlarını taşımadığının veya sonradan kaybedildiğinin tespiti üzerine, “meslekte kalması uygun olmadığı” sonucuna varılan davacının meslekten çıkarılması işlemi olduğunu belirtmiştir. Madde- nin muğlak ve içeriğinin açık ve belirli olmamasından kaynaklı olarak idare işlemini bu maddeye dayandırmıştır. HSK ihraç işleminin adını ilk aşamada “göreve son verme” olarak belirtmesine karşın daha sonra Kanundaki göreve son verme koşullarının oluşmadığının anlaşılması üzerine bu defa işlemin 2802 sayılı Kanunun 53. maddesine göre gerçekleştirildiğini açılan davalarda savunmuştur. Ancak yapılan ihraçların niteliği ve usulü ile 53. maddenin amaç ve kapsamı dikkate alındığında HSK’nın bu yöndeki iddiasının hukuka uygun olmadığı ve hukuki belirlilik ilkesinin açık ihlali olduğu görülecektir.

Benzer hususlar **AİHM’nin Volkov- Ukrayna kararında** atıf yaptığı Venedik Komisyonunun 15-16 Ekim 2010 tarihli CDL-AD (2010)029 sayılı raporunda da<sup>54</sup> tekraren vurgulanmıştır. Venedik Komisyonu’nun bahsi geçen raporunda, disiplin sorumluluğunun nedenlerinin kesinliği ve öngörülebilirliğinin, hukuki belirlilik ve hakimlerin bağımsızlığını güvence altına almak noktasındaki önemi belirtilmiştir. Rapora göre, “yargı görevini lekeleyen, hakimlerin tarafsızlığı, objektifliği, bağımsızlığı ve dürüstlüğü bakımından şüphe uyandırabilecek fiillerin işlenmesi” gibi çok muğlak ifadelerin, hakimlere karşı siyasi bir silah olarak kullanma ihtimali nedeniyle tehlikeli olduğu, be nedenle disiplin hükümleri düzenlenirken muğlak nedenlerden veya geniş tanımlardan kaçınmak için çaba sarf edilmelidir.

---

<sup>54</sup> ŞEN, s.42

## **SONUÇ**

Devleti ile birey arasında “güven” esaslı bir ilişkinin devamı bakımından idarenin kendi işlem ve uygulamalarında hukuki belirlilik ve güvenlik ilkeleri esaslı hareket etmesi gerekmektedir. Bireyin devlete güven duyması, ancak hukuki güvenliğin sağlandığı bir hukuk devleti düzeninde mümkün olabilecektir. Anayasada öngörülen temel hak ve hürriyetlerin kullanılması ve insan haklarının insan hayatına egemen kılınması için devlet, bireylerin hukuka olan inançlarını ve güvenlerini korumakla yükümlüdür. Bu bağlamda hukuk devletinin unsurlarından olan “hukuki güvenlik” ilkesi, devlet faaliyetlerinin önceden tahmin edilebilir, öngörülebilir olmasını ve takdir yetkisini zorlayan, keyfiliğe yol açacak kural ve uygulamalara yer verilmemesini sağlarken “belirlilik ilkesi” ise, maddi hukuk ve usul kurallarının önceden öngörülebilir bir açıklıkta olmasını ve kişilerin haklı beklentilerini bertaraf etmeyecek düzenlemeler yapılmasını temin etmektedir. Bu ilkelerin nihai sonucu olarak devletin işlem ve kararları için belirlediği mevzuat hükümleri açık ve öngörülebilir olduğu gibi bireyin bu mevzuat hükümlerine göre idarenin hangi işlem ve uygulamalara başvurabileceği konusuna makul bir öngörüsü oluşmaktadır.

Hukuki istikrarın ve uygulama birliğinin önem arz ettiği alanlardan biri olan disiplin hukukunda bu ilkelerin varlığı keyfi uygulamaların önüne geçecektir. İdarenin idari düzeni ve kamuya olan güveni tesis etmesi için getirilmiş olan disiplin kurallarının amacı dışında kullanılmaması için bu ilkelerin belirli ve açık olmasının yanı sıra disiplin uygulamalarının da bu nispette öngörülebilir olması gerekir. Disiplin kurallarının bir baskı aracına dönüştürülecek nitelikte keyfi yorumlarla bireylerin aleyhine işletilmesi, uygulama birliğinin olmaması, takdir hakkının kötüye kullanılması nedeniyle hukuk denetiminin etkisiz kılınması disiplin uygulamalarının hukuk devleti ilkesi ile de uyuşmayacağı açıktır. Bu nedenle disiplin süreçlerinde belli istikrarın temini ve bireyin ve toplumun güven duygusunun zarar görmemesi için bu ilkelerin esas tutulduğu mevzuat ve uygulamalar gereklidir. Zira, hukuk devletinin tesisi için kamu makamlarının işlemlerinin birey bakımından öngörülebilir olması özel önem içermektedir. Aksi

takdirde bireylerin yaptıkları işlemlerin sonuçlarına ilişkin hiç tahmin dahi edemedikleri neticelerle baş başa kalmaları devletin güvenilirliğini sarsacaktır.

Yukarıda da belirtildiği gibi disiplin hükümlerinin kanunla düzenlenmesi kanunilik ilkesinin bir gereğidir. Bu bağlamda Anayasa'nın 140/3. maddesinde hakim ve savcılarla ilgili hususların kanunla düzenleneceği emredici olarak hüküm altına alınmıştır. Bu durumda olağanüstü hal ya da normal KHK ile Anayasanın 140 ve 2802 sayılı Kanun'un ilgili hükümleri çerçevesinde disiplin suç ve cezasının ihdası mümkün değildir. Ancak 667 sayılı KHK ile Anayasanın 139 ve devamı maddelerindeki esaslar çerçevesinde disiplin cezalarını düzenleyen 2802 sayılı Kanunda olmayan yeni bir disiplin suçu ihdas edilmiştir. Bu hukuki güvenlik ve belirlilik ile kanunilik ilkelerine aykırı bir durumdur.

Venedik Komisyonu tarafından hazırlanan görüşlerde de vurgulandığı üzere, disiplin hükümleri düzenlenirken muğlak nedenlerden veya geniş tanımlardan kaçınmak için çaba sarf edilmelidir. Bu husus bütün kamu görevlileri bakımından olduğu gibi yargı mensupları bakımından da göz önünde bulundurulması gerekmektedir. Bu noktada gerek 657 sayılı Kanun ve gerekse 2802 sayılı Kanun'daki aykırı düzenlemelerin hukuki güvenlik ve belirlilik ilkelerine uygun hale getirilmesi gerekmektedir.

### **KAYNAKÇA**

AKYILMAZ Bahtiyar/SEZGİNER, Murat/ KAYA, Cemil, Türk İdare Hukuku, 1. B., Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2009.

ALTUNDİŞ, Mehmet, Hukuki Güvenlik İlkesi, Yasama Dergisi, Y.2008, S.10, s.60-94.

ASLAN, Zehreddin/ALTINDAĞ, Halil, Memurların Disiplin ve Ceza Soruşturması, 1.B., Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2018.

BOZ, Selman Sacit, Memur Disiplin Hukukuna Hâkim Olan Temel İlkeler, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y. 2017, C.25, S.2, s.15-41.

BULUT, Metin, Kamu Görevlileri Disiplin Hukukunda Kanunilik İlkesini Yeniden Düşünmek, Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, Y.6, Aralık 2018, S.12, s.227-278.

ÇAĞLAR, Selda, Hukuk Devleti Açısından Hukuki Belirlilik - Hukuk Güvenliği İlişkisi, Kamu Hukukçuları Platformu, Hukuk Güvenliği, Haz. Doç. Dr. Ece Göztepe, 8-9 Kasım 2013 Ankara, Türkiye Barolar Birliği Yayınları : 277, s.25-139 .

ÇAĞLAR, Selda, Hukuk Devletinin Hukuki Belirlilik İlkesi Üzerinden Değerlendirilmesi, 1. B., Beta Yayın Dağıtım A.Ş, İstanbul, 2013, (2013).

GÖZLER, Kemal, Res Iudicata'nın Türkçesi Üzerine, AÜHFD, Y.2007, C.56, S.2, s.45-61.

GÖZLER, Kemal, ( ) ® § ' ° a ş µ ş - ş ' ' fl ± § ± §§ ¥ a n ' Žš ¥® á š > ' j 2  
Bursa 2000.

GÜLÇÜR, Abdulkadir, AİHM ve Türk Anayasa Mahkemesi'nin Kararları Işığında Hukuki Kesinlik (Belirlilik) İlkesinin İncelenmesi, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Y. 2018, C.24, S.1 s. 149-175.

GÜRKAN, Mehmet Fatih, 657 Sayılı Devlet Memurları Kanunu Kapsamında Disiplin Suç ve Cezalarının Kanuniliği, Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y.2014, C.4, S.1, s.55-75.

KAMU HUKUKÇULARI PLATFORMU, Hukuk Güvenliği, Haz. Doç. Dr. Ece Göztepe, 8-9 Kasım 2013 Ankara, Türkiye Barolar Birliği Yayınları : 277.

KARAHANOĞULLARI, Onur, Memur Disiplin Hukukunun Niteliği ve İlkeleri, Çağdaş Yerel Yönetimler Dergisi, Y.1999, C. 8, S.3, s. 55-78.

- KILINÇARSLAN, Saniye, Disiplin Hukukunda İdarenin Takdir Yetkisinin Kanunilik İlkesi Çerçevesinde Yargısal Denetimi, Fasikül Hukuk Dergisi, Y.2015, C.7, S.62, s. 20-31.
- KÖKÜSARI, İsmail, Anayasa Hukukunda Hukuki Güvenlik İlkesi, 1.B., Adalet Yayınevi, Ankara, 2015.
- NİŞANCI, Dilaver, Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında Disiplin Suç ve Cezalarında Kanunilik İlkesi, Fasikül Hukuk Dergisi, Y.2015, C.7, S.62, s.32-41.
- OĞURLU, Yücel, İdare Hukukunda Kazanılmış Haklara Saygı ve Haklı Beklentiler Sorunu, 1. B., Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2003.
- PINAR, İbrahim, Disiplin Suçlarının ve Cezalarının Düzenlenmesinde Yasallık İlkesine Uyuma Zorunluluğu ve Kesinleşen Disiplin Cezalarının İdari Bir İşleme Kaldırılmayacağı İlkesi, Terazi Hukuk Dergisi, Y.2012, S.74, s.42-58.
- ŞEN, Mahmut, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Hâkim ve Savcılara İlişkin Disiplin Soruşturmalarının Esasları, TBB Dergisi, Y. 2015, S.121. s.17-66.
- YAVUZ, Ersen, Hukuk Devletinde, Hukuk Güvenliği ve Hukuki Belirlik Kavramları Üzerine, <http://gelenekvegelecek.com/hukuk-devletinde-hukuk-guvenligi-ve-hukuki-belirlilik-kavramlari-uzerine-ersen-yavuz/> İET: 30/11/2019.
- YEŞİL, İsmail, Anayasal İlkeler Çerçevesinde Disiplin Cezaları, Terazi Hukuk Dergisi, Y.2010, S.52, s.19-38.
- YILDIRIM, Turan/YASİN, Melikşah/KARAN, Nur/TEKİNSOY, Özge Okay/ÖZDEMİR,H. Eyüp/ ÜSTÜN, Gül: İdare Hukuku, 4. Basım, XII Levha Yayınları, İstanbul, 2012.

## **CUMHURBAŞKANLIĞI KARARNAMELERİNİN KONU BAKIMINDAN YETKİ DENETİMİ İLE İÇERİK YÖNÜNDEN ANAYASAYA UYGUNLUK DENETİMİNİN FARKLARI**

*Differences between the Review of Competency Ratione Materiae and Material Review of Constitutionality of Presidential Decrees*

**Dr. Öğr. Üyesi İsmail KÖKÜSARI\***

### **Öz**

Çalışma cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin Anayasa Mahkemesi tarafından denetiminde takip edilen iki aşamanın kıyaslanmasını ele almaktadır. Bu iki aşama, esas denetimi içinde yer alan “konu bakımından yetki” ile “içerik” denetimidir. Makalede, söz konusu iki aşamayı, zaman, ölçü norm, nitelik, içerik, karar türü ve kararın etkisi açısından karşılaştırdık. Bu ikisi arasındaki farkları, belirttiğimiz ölçütler açısından ortaya koymaya çalıştık. Zaman bakımından, konu bakımından yetki denetiminin öncelikli olduğunu, ölçü norm bakımından içerik denetimine göre daha sınırlı bir kural kapsamında incelendiğini, nitelik bakımından tam anlamıyla yasama fonksiyonunun denetimi olmadığını, içerik bakımından 104. madde ile sınırlı olarak incelendiğini, kararın türü ve etkisi açısından ise içerik denetiminden çok farklılaşmadığını tespit ettik.

---

\* Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Anayasa Hukuku Anabilim Dalı, kokusari@gmail.com, ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0003-0045-5868>

**Anahtar Kelimeler:** Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi, Anayasallık Denetimi, Konu Bakımından Yetki, İçerik Denetimi

### **Abstract**

The article explores the comparison of the two stages followed by the Constitutional Court in the course of the constitutional review of the presidential decrees. These two stages are the “review of competency *ratione materiae*” and “material review”, which took place in the merit of the case title. In the article, we compared these two stages, both in terms of time, constitutional standard, nature and content of the review, and the type of decision and its effect. We tried to demonstrate the differences between these two in terms of the given criteria. We concluded that “the review of competency *ratione materiae*” takes precedence of “material review” in the context of the time, that it is reviewed under the limited number of rules in terms of the standard; that it is not fully in the scope of the legislative function in terms of nature; that it is reviewed under the Article 104 in terms of content; that it does not differ much from material review in terms of the type and impact of the decision.

### **Keywords**

Presidential Decrees, Review of Constitutionality, Competency *Ratione Materiae*, Material Review

### **Giriş**

2017 Anayasa değişikliği sonrasında hukuk sistemimizde önemli bir yer tutmaya başlayan cumhurbaşkanlığı kararnameleri (CBK), hem hükümet sisteminin yeni olması hem de kararnamelerin bu sistemdeki yerinin tespit edilmesi amacıyla ilk günden beri tartışılan ve hakkında yazılan bir konudur. Bu tartışmalarda etkili olan bir başka husus da, Anayasanın konuyu düzenleyen maddesinin ve bu maddenin diğer maddelerle ilişkisinin yeterli açıklıkta düzenlenmemesidir.

Neyse ki, Anayasa Mahkemesinin (AYM) norm denetimi sonucunda verdiği konuyla ilgili kararlar, belirli oranda CBK’ların hukuki durumunu daha istikrarlı ve belirgin hale getirme işlevi görmektedir. Mahkeme, denetim yöntemi bakımından geçmiş norm denetimi kararlarında olduğu gibi, ilk inceleme ve esas incelemesi adı altında ikili başlık oluşturarak inceleme yapmaktadır. İlk inceleme başlığında, davanın veya

itirazın kabule Őayan olup olmadığını süre, yetkili organlar, kuralın denetlenebilen kurallar içinde olup olmadığı gibi noktalardan denetime tabi tutmaktadır. Esas incelemesi başlığında ise, CBK’lar bakımından daha önce kanun ve KHK’lar için amadığı bir başlığı ve takip etmediği bir usul takip etmiş “konu bakımından yetki” adı altında içerik denetimi öncesinde başlık açmıştır<sup>1</sup>. Esasında, olağan KHK’lar açısından da benzer denetim yapsa da, bu Şekilde müstakil bir başlık amamaktaydı<sup>2</sup>.

Mahkemenin bu yöntem ile amaçladığı Şey, bir “dış unsur” olan konu bakımından yetki meselesini halletmeden “i unsur” olarak görülen konu, amaç ve sebep gibi unsurların denetimine gememektir. Mahkeme öteden beri, içerik denetiminde konu, amaç ve sebep başlığı açmadan “içerik denetimi” adı altında genel ve tümdengelimci bir anayasaya uygunluk denetimi yapmaktadır.

Bu çalışmada, genel olarak CBK’ların denetiminden bahsettikten sonra, oluŐturmuŐ olduğumuz “zaman, denetim standardı, nitelik, içerik, kararın türü ve etkisi” unsurları bakımından CBK’ların “konu bakımından yetki denetimi” ile “içerik denetimi” arasındaki farkları ve benzerlikleri ortaya koymaya çalıŐacađız.

## **I. Genel Olarak Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Denetimi**

Mahkeme ilk inceleme ve esas incelemesi başlıkları altında yaptığı norm denetimini, CBK’lar açısından da takip etmektedir. Bu kapsamda, ilk inceleme aŐamasından sonra gelen “esas incelemesi” başlığı altında yine kendi içinde “konu bakımından yetki” ve “içerik denetimi” altında ayrı başlıklar oluŐurmaktadır. Bu baŐlıklandırmadan hareketle, AYM’nin konu bakımından yetki denetimini de, esasa dair bir mesele olarak gördüğü anlaşılmaktadır. Yine de, “esas” ile “içerik” arasında, haklı olarak, kavramsal bir farklılık görülmektedir. Daha açık bir deyişle, esas, usul/ilk inceleme denetimi dışındaki bütün hususları kapsayıcı bir denetim iken;

<sup>1</sup> **Osman Can**, “Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Hukuki Rejimi: Anayasa Mahkemesi Yaklaşımı”, *Anayasa Yargısı*, C. 37, Sayı 1, Y. 2020, s.168. Benzer bir iki aşamalı metodolojinin, iptal davası dilekçelerinde de büyük oranda takip edildiği görülmektedir (**Can**, “Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri”, s.168, dn.72).

<sup>2</sup> *Bkz. benzer yönde Can*, “Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri”, s.168-169.



içerik denetimi, sadece normun anlamının ve kapsamının anayasa ile çatışıp çatışmadığının tespitidir.

Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin denetimi bağlamında, bu kararnamelerin normlar hiyerarşisindeki yeri, kararnamelerin ve kanunların diğerini dışlayıcı bir mahfuz alana sahip olup olmadığı gibi meseleler öğretilerde en çok tartışılan<sup>3</sup> ve çözümü zor olan meselelerdendir. Söz konusu tartışmalar, büyük oranda çalışma konumuzun kapsamı dışında kalmaktadır. Biz yeri geldiğinde sadece gerektiği kadarıyla tartışmalı bazı hususlarda kendi görüşümüzden bahsedeceğiz.

AYM, olağan CBK'ların denetimi esnasında idari işlemlerin unsurlarından hareket ederek bir ön denetim yapsa da, diğer aşamalarda idari işlemlerin iç unsurlarını teşkil eden “sebeup, amaç ve konu” unsurları şeklinde bir ayırımdan esinlenmeden içerik denetimi yapmıştır. Aslında öteden beri, kanunlar açısından da esas denetiminin sebeup, konu ve amaç unsurları bakımından yapılacağı belirtilmişse de, uygulamada böyle kategorik bir yöntem takip edilmemiş, anayasallık denetimi doğası gereği farklılaşmıştır. Örneğin Teziç, kanun kavramını da idari işlemler gibi dış ve iç unsurlar olarak ikiye ayırmış, yetki, usul ve şekli “dış unsurlar” arasında; sebeup, amaç ve konuyu ise “iç unsurlar” arasında göstermiştir<sup>4</sup>.

İdare hukukunda idarenin yaptığı işlemlerin denetimi, dar manada “kanunilik” denetiminden ziyade geniş anlamda “hukukilik veya hukuka uygunluk” denetimidir. Söz konusu hukukilik, önceden ilan edilmiş, genel, soyut ve herkese yönelik düzenleyici işlemlere uygunluk olarak somutlaşmaktadır<sup>5</sup>. Yapılan idari işlemin hukukiliğinde ölçü norm olarak

<sup>3</sup> **Abdurrahman Eren**, “Anayasa Mahkemesinin Kanun Hükmünde Kararnamelere İlişkin İçtihadı Doğrultusunda Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Değerlendirilmesi”, *Anayasa Yargısı*, C. 36, Sayı 1, Y. 2019, s.26 vd.; **Özen Ülgen**, “Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Niteliği ve Türleri”, *Galatasaray ÜHFD*, Sayı 1, Y. 2018, s. 4 vd.; **Halit Yılmaz**, “Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Konu Bakımından Yetki Sınırları”, *İstanbul Hukuk Mecmuası*, C. 78, Sayı 1, Y. 2020, s.233 vd.; **Ergun Özbudun**, *Türk Anayasa Hukuku, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2018, s.249*.

<sup>4</sup> **Erdoğan Teziç**, Türkiye’de 1961 Anayasasına Göre Kanun Kavramı, İÜHF Yayını, İstanbul, 1972, s.53-120. Bkz. bu ayırımın ve başka bazı ayırımların idare hukukundaki kökeni hakkında **Güher Ulu**, İdari İşlemin Yetki Unsuru, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2012, s.100-101; **Muhammed Göçgün**, İdari İşlemin Konu Unsuru, On İki Levha, İstanbul, 2017, s.11 vd.

<sup>5</sup> **Güher Ulu**, “İdari İşlemin Unsurlarının İşlevi”, *İstanbul Ticaret ÜSBD*, Sayı 2, Y. 2020, s.80.

hangi kuralın alınacağı tespit edilirken çoğunlukla normlar hiyerarşisinden hareket edilir. Eğer ortada doğrudan konuyla ilgili düzenleme yoksa, iti-had ilkelere uygunluk araştırmasına da girişilir<sup>6</sup>.

şunu öncelikle belirtelim ki, konu bakımından yetki denetimi ile içerik yönünden yapılan denetim bazı benzerlik ve farklılıklar taşımaktadır. Örneğin, idarenin düzenleyici işlemlerine yönelik yapılan konu bakımından yetki denetiminde mahkemeler, idarenin ilgili konu hakkında düzenleme yapma yetkisi olup olmadığını denetler. Bu denetim, idarenin düzenleyici işlemlerinin esas yönünden üst norma uygun olup olmadığına yönelik bir denetim değildir. Daha ziyade idarenin o konuyu düzenlemeye yetkisinin olup olmadığına dair bir denetimdir. Dolayısıyla mahkemeler henüz esas denetimi yapmadan idarenin yetkili olup olmadığını tespit eder. Örneğin, Anayasasının 13. maddesine göre, “*temel hak ve hürriyetler, ...ancak kanunla sınırlanabilir*”. Eğer idare bir düzenleyici işlemlerle temel hak ve hürriyetlerden herhangi bir tanesine yönelik düzenleme yapmışsa, bu işlem sakattır<sup>7</sup>. Oysa idarenin konu bakımından yetkili olduğu, örneğin bir bakanlık teşkilatına dair düzenleyici işlemin içeriğinin üst norma uygunluğu sorunu, içerik yönünden yapılan denetimdir. Benzer şekilde CBK’lar açısından da konu bakımından yetki ile “içerik açısından anayasaya ya da kanuna uygunluk” değil, düzenlenen konunun cumhurbaşkanlığı kararnamesine “konu” edilebilip edilemeyeceği anlaşılmaktadır<sup>8</sup>. Diğer bir deyişle, Anayasa’da yer verilen CBK ile düzenlenebilecek konular, konu bakımından yetkili olunan alanı ifade eder. Örneğin, Anayasasının 104. maddesinin 17. fıkrasına göre, “*Anayasasının ikinci kısmının birinci ve ikinci bölümlerinde yer alan temel haklar, kişi hakları ve ödevleriyle dördüncü bölümde yer alan siyasi haklar ve devler Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenlenemez*”. Anayasa’nın 13. maddesi gereğince CBK ile temel hak ve hürriyetler sınırlanamayacağı gibi 104. maddenin 17. fıkrası gereğince de başkaca (kapsamını genişletme, güvence sağlama vb.) herhangi bir “düzenleme” yapılamaz. Diğer bir ifadeyle bu

<sup>6</sup> Ulu, “İdari İşlemin Unsurlarının İşlevi”, s.79, 81.

<sup>7</sup> Ulu, İdari İşlemin Yetki Unsuru, s.161.

<sup>8</sup> Bkz. idare hukukunda konu bakımından yetkinin tanımı ve örneklere için **S. Burak Adoğuran**, *İdari İşlemin Yetki Unsuru ve Yetki Unsurundaki Sakatlıklar*, Selçuk Üniversitesi SBE, Konya, 1998, s.15-18; **Yücel Ortak**, *Danıştay Kararları Işığında İdari İşlemin Yetki Unsuru*, Medipol Üniversitesi SBE, İstanbul, 2019, s.24-26.

alanlar CBK'lara konu edilemez<sup>9</sup>. Bu maddede yer alan haklar (örneğin seyahat hürriyeti), CBK açısından yasak alanı, yani konu bakımından yetkisiz olunan alanı ifade eder.

## II. Zaman Bakımından

Denetimin zamanı, eskiden beri anayasa yargısında yapılan tasniflerde kullanılan bir araçtır. Söz gelimi, norm denetiminde yapılan önleyici ve giderici denetim ayrımı denetimin yapıldığı zamana dayanmaktadır. Kural yürürlüğe girip uygulanmadan yapılan denetim, herhangi bir anayasaya aykırılığın somut olaylara uygulanmadan önce fark edilerek önlemesini amaçlamaktadır. Kuralın yürürlüğe girmesinden ve somut olaylara uygulanmasından sonra yapılan denetimde ise, ortada, bir süre anayasaya aykırı olarak uygulanmış bir kural vardır ve bu aykırılığın giderilmesi söz konusudur.

Denetimin zamanı, diğer yargı kollarındaki ön inceleme ve esas incelemesi gibi ayrımlarda da görüldüğü gibi AYM'ye bireysel başvuru yolunda, kabul edilebilirlik ve esas incelemesi tasnifinde de göze çarpmaktadır. Denetimin yapıldığı zaman, hem ilgili mahkemenin yapması gereken usulî işlemler hem de denetimin mahiyeti ve sonuçları açısından bazı etkiler doğurmaktadır. Örneğin, esas denetimi öncesinde yapılan denetim, bireysel başvuru yolundaki gibi çeşitli usulî ve maddi kriterler bakımından başvurunun esasa geçmeden elenmesi işlevi görebilmektedir. Başvurunun süresi ile kişi, konu ve zaman bakımından mahkemenin yetkisi içinde olup olmadığı meseleleri bütünüyle kabul edilebilirlik aşamasında yapılmaktadır<sup>10</sup>. Böylece, süresinde yapılmayan veya mahkemenin yetkisinin dışındaki başvurular bu aşamada süzgeçten geçirilmektedir. Hem mahkeme daha ayrıntılı bir inceleme yapmak için zaman harcamakta hem de bu aşamada verilen kararın sonuçları ve içeriği farklı olmaktadır. CBK'lar bakımından yapılan norm denetimi sürecinde de, ilk inceleme aşaması, iptal davasını açanların yetki, süre ve diğer bazı usulî

<sup>9</sup> **Yılmaz**, s.242 vd. Bkz. ayrıca, **Ali Ulusoy**, "Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri: Varoluşsal, Yapısal ve Hukuksal Bir Değerlendirme", *Anayasa Yargısı*, C. 37, Sayı 2, Y. 2020, s.60.

<sup>10</sup> *Mahkemenin kişi, konu ve zaman bakımından yetkili olması (jurisdictione ratione personae, ratione materiae ve ratione temporis) ile işlemi yapanın konu bakımından yetkili olması ve idari işlemlerin içeriğinin konu bakımından kanuna uygun olup olmadığının denetimi birbirinden tamamiyle farklı şeylerdir.*

açılardan incelenmesi ve gerektiğinde bu aşamada ret kararı verilmesini sağlayan bir aşamadır. Bu anlamda, ilk inceleme aşaması, konu bakımından yetki ile içerik denetiminden önce gelmektedir. Eğer söz konusu unsurlar açısından bir aykırılık tespit edilirse, doğal olarak bu aşamada inceleme tamamlanmakta ve sonraki aşamalara geçilmemektedir. Fakat, ilk inceleme aşamasında verilen karar, örneğin yetkisiz kişiler tarafından açıldığı nedeniyle verilen ret kararı, bu usul hatası düzeltildikten sonra süre geçmemişse tekrar davanın açılmasına engel değildir. Oysa konu bakımından yetki ve içerik denetiminde, itiraz yolu dışında ilgili normun tekrar denetlenmesi imkanı kalmamaktadır<sup>11</sup>.

CBK'ların denetiminde takip edilen konu bakımından yetki ve içerik denetimi bakımından da kanaatimizce zamansal bir ayırım yapılabilir. Çünkü, AYM'nin uygulamada da takip ettiği usule bakıldığında, öncelikle konu bakımından yetki içerisinde daha yüzeysel ve şekli bir denetim yapılmaktadır<sup>12</sup>. İdare hukukunda, idari işlemin unsurlarından olan yetki, kendi içerisinde kişi, konu, zaman ve yer bakımından yetki şeklinde ayrımlara tabi tutulmaktadır. Burada da Mahkeme benzer yöntemi izleyerek, öncelikle kuralı koyan organın ilgili konuyu düzenlemeye yetkili olup olmadığını ele almaktadır. Dolayısıyla, zamansal olarak daha önce yapılan konu bakımından yetki denetimi, burada verilecek karara göre farklı alternatif durumlar doğurmaktadır. Örneğin, konu bakımından cumhurbaşkanının yetkili olduğu kanaatine varılırsa, söz konusu düzenlemenin içeriğine yönelik bir inceleme yapılmamaktadır<sup>13</sup>.

AYM, konu bakımından yetki incelemesi yaptıktan sonra oylama yapmaktadır. Eğer oylama sonucunda işlemi yetki bakımından sakat bul-

<sup>11</sup> Her ne kadar Mahkeme, 10 yıllık denetim yasağı ile ilgili içtihadını değiştirmişse de, biz muhalif görüş gibi, 10 yıllık yasağın sadece itiraz yolunda verilen esastan ret kararlarına has olduğunu düşünüyoruz.

<sup>12</sup> AYM, 2018/124 E., 2020/56 K., 15.10.2020, §15-23; AYM, 2018/126 E., 2020/32 K., 25.06.2020, §22-27. İdari yargı uygulamasında da, İdari Yargılama Usulü Kanunu'nda açıkça belirtilmese de, ilk önce yetki unsuru açısından denetimin yapıldığı ve yapılması gerektiği belirtilmiştir. Böylece, yetki unsuru sakat olan bir işlemin diğer unsurlara geçmeden iptal edilmesi amaçlanmış ve yetki diğerlerine göre daha öncelikli görülmüştür (**Gürsel Kaplan**, *İdari Yargılama Hukuku*, Ekin Yayınevi, Bursa, 2018, s.221).

<sup>13</sup> Krs. **Can**, "Cumhurbaşkanlığı Kararnemeleri", s.169.

mazsa içerik incelenmesine geçmektedir<sup>14</sup>. CBK'ların denetiminde, zaman bakımından daha sonra yapılan denetim ise, içerik denetimi olarak adlandırılan aşamadır<sup>15</sup>. Söz konusu aşamada, aşağıda görüleceği gibi konu bakımından yetkili olarak yapılan işlemin, anayasaya içerik bakımından uygunluğu incelenmektedir.

### III. Denetim Standardı ve Ölçü Norm Bakımından

Konu bakımından yetki ile içerik denetimi, denetim esnasında kullanılacak ölçü norm açısından da farklılaşmaktadır. Bu kapsamda, konu bakımından yetki denetiminde ölçü norm “Anayasa'nın 104. maddesinin on yedinci fıkrası” iken<sup>16</sup>, içerik denetiminde CBK'nın konusuna göre farklılık arz edebilir. Ayrıca, normun içeriği birden fazla anayasal ilke ve kuralla ilgili olabileceğinden birden fazla kurala uygunluk bakımından incelemeyi de gerektirebilir.

#### A. Konu Bakımından Yetki 104. Madde Denetimidir

CBK'yı yapan idari organın konu bakımından yetkili olup olmadığını tespit, birçok unsuru barındırmaktadır. Bunlar, CBK'nın yürütme yetkisine ilişkin olması, siyasi hak ve ödevler ile kişi hak ve hürriyetlerini, açıkça kanunla düzenlenmiş veya Anayasada münhasıran kanunla düzenleneceği belirtilen hususları konu almamasıdır. Konu bakımından yapılan yetki denetimi, Anayasanın 104. maddesinin 17. fıkrasında düzenlenen bu hususlar bağlamında yapıldığı için kural olarak ölçü normun 104. madde olduğu söylenebilir. Anayasada kanunla düzenleneceği belirtilmiş alanların tespiti için diğer maddelerden yardım alarak bir sonuca varmak, o maddeleri ölçü norm haline getirmeyecektir. Örneğin, temel hakları sınırlamanın, suç, ceza ve vergi koymanın ancak kanunla olacağı Anayasanın muhtelif maddelerinde ifade edilmektedir. Bir CBK'nın suç ihdas etmesi nedeniyle konu bakımından yetki dışında kaldığı tespit edildiğinde, söz konusu CBK, Anayasanın 104. maddesine göre iptal edilecektir, yoksa başka bir hükme dayanarak değil. Mahkemenin uygulamasında da, kimi

<sup>14</sup> **Taylan Barın**, Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Hukuki Rejimi ve Anayasallık Denetimi, On İki Levha Yayınevi, İstanbul, 2020, s.202.

<sup>15</sup> *Kimi yazarlar, konu bakımından yetki denetimini geçilmesi gereken bir baraj olarak görmüştür (Fatma Didem Sevgili-Gençay, “Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Yargısal Denetimi: İlk Kararlar - İlk İzlenimler”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı 151, Y. 2020, s.6).*

<sup>16</sup> Bkz. **Barın**, s.188.

kararlarda açıkça dava açanların Anayasa'nın 123. ve 128. maddelerine aykırılık yönünde iddiaları bulunsa da, kendisinin konuyu sadece 104. maddenin 17. fıkrası kapsamında değerlendireceğini vurgulaması, bu görüşle uyuşmaktadır<sup>17</sup>. Fakat, Mahkemenin bu ifadesi, diğer maddeleri sistematik yoruma tabi tutmaya engel olmamalıdır.

## **B. CBK'ların İçerik Denetimi “Kanuna Göre” Daha Sınırlı Bir Denetimdir**

CBK denetiminin ve düzenleme alanının konu bakımından kanunlara nazaran çok daha sınırlı olması, Anayasa'daki ölçü norm ve ilke sayısının da içerik olarak kısıtlı olması sonucuna yol açmaktadır. Diğer bir deyişle, yasama, yargı ve temel hak ve hürriyetler kısmındaki maddelerle kural olarak bir ilgisi bulunmamakta, bu kısımlardaki ölçü kural ve ilkelere uygunluk bir önceki aşamada yani konu bakımından yetki altında yapılmaktadır. O nedenle, geriye bu aşamada ölçü norm teşkil edebilecek “az sayıda madde ve ilke” kalmaktadır.

İçerik denetiminde ölçü norm, CBK'da hangi konunun düzenlendiğine göre değişebilecektir. Örneğin bir kararında AYM, iptali istenen CBK hükmünün içeriğini, Anayasa'nın 106. ve 123. maddeleri kapsamında denetlemiştir<sup>18</sup>. Fakat CBK'ların içerik denetiminin yapıldığı diğer kararların büyük bir kısmında, ilgili kural, hukuk devleti bağlamında incelenmiştir. Mahkemenin içerik denetimi yaptığı konuyla ilgili toplam 7 kararına bakıldığında, bunların 5 tanesinde hukuk devletini ve hukuki güvenlik ilkesini ölçü norm olarak kullandığı görülmektedir<sup>19</sup>. Konu bakımından yetki denetiminde, ölçü norm belirli olduğu için, sadece ilgili CBK hükmünün bu norm kapsamında olup olmadığı incelenmektedir. Oysa, içerik denetiminde öncelikle söz konusu CBK hükmünün hangi anayasa normuyla ilgili olduğunun ve hangi hükümler kapsamında inceleme yapılacağıının belirlenmesi gerekmektedir. Nitekim, AYM bazı kararlarında bu hususu açıkça belirtmiştir: “30/3/2011 tarihli ve 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Ka-

<sup>17</sup> AYM, 2019/78 E., 2020/6 K., 23.01.2020, §28; AYM, 2018/155 E., 2020/27 K., 11.06.2020, §20.

<sup>18</sup> AYM, 2018/124 E., 2020/56 K., §24; 2019/105 E., 2020/30 K., 12.06.2020, §35.

<sup>19</sup> Bu kararların karar numarası şu şekildedir: 2020/4, 2020/5, 2020/6, 2020/25, 2020/32.

*nun'un 43. maddesi uyarınca kural, ilgisi nedeniyle Anayasa'nın 2. maddesi yönünden de incelenmiştir*<sup>20</sup>.

#### **IV. Nitelik Bakımından**

##### **A. Genel Olarak**

CBK'ların konu bakımından yetki denetimi, AYM tarafından "esas denetimi" başlığı altında yapılmaktadır. Esas denetimi içinde yapılan "içerik" ve "şekil" şeklindeki ikili ayırım açısından yaklaşıldığında, konu bakımından yetki denetiminin bu ikisine de girmediği görülmektedir. Zira, bu aşamada ne kuralın içeriğine girilmektedir ne de CBK'nın çıkarılış şekli ve usulü ile ilgili bir durum söz konusudur. Kanunlar açısından son oylamada öngörülen çoğunlukla yapılıp yapılmadığı bir şekil denetimiydi. Fakat, CBK'lar için böyle bir şey söz konusu değildir. İdare hukuku perspektifinden bakıldığında, konu, sebep ve amaç unsurları daha ziyade iç unsurlara yani içeriğe ilişkin iken, yetki, şekil ve usul ise dış unsurlar olarak görülmektedir.

Olağan KHK'lar ile ilgili verilen kararlarda da, KHK'nın Anayasa ile belirlenen bir hak ve hürriyeti sınırlandırıp sınırlandırmadığı meselesi, bağımsız bir "konu bakımından yetki" başlığı altında olmasa da esas denetimi içinde ve özel bir başlık açılarak denetlenmekteydi<sup>21</sup>. Bilindiği gibi, Anayasa'nın 91. maddesine göre, olağan KHK'ların yetki kanununa dayanması ve yetki kanununda çıkarılacak KHK'ların amaç, kapsam ve ilkelerinin belirlenmesi gerekmektedir<sup>22</sup>. Bu hükme binaen, AYM de olağan KHK'ların esas denetimi içinde hem ilgili KHK düzenlemesinin yetki kanununun kapsamında olup olmadığını hem de siyasi haklar ile kişi hak ve ödevlerinin bu KHK'da düzenlenip düzenlenmediğini konu bakımın-

<sup>20</sup> AYM, 2019/78 E., 2020/6 K., §43; AYM, 2019/31 E., 2020/5 K., 23.01.2020, §36.

<sup>21</sup> Örneğin, 660 sayılı Kamu Gözetimi, Muhasebe ve Denetim Standartları Kurumunun Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin denetimi esnasında "Kanun Hükmünde Kararname'nin Tüm Maddelerinin Anayasa'nın 91. Maddesi Yönünden İncelenmesi" başlığı açılmıştır (AYM, 2011/144 E., 2013/23 K., 31.1.2013).

<sup>22</sup> AYM, 658 sayılı Türkiye Su Enstitüsünün Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin denetiminde "Kanun Hükmünde Kararname'nin Ayrı Ayrı Tüm Maddeleri ile Eki (1) Sayılı Listesi'nin 6223 Sayılı Yetki Kanunu Kapsamında Olup Olmadığının İncelenmesi" başlığı açmıştır. Diğer denetimlerde de benzer bir başlık açarak yetki kanununa aykırılık denetimi yapmıştır (AYM, 2011/146 E., 2013/11 K., 10.01.2013).

dan incelemektedir. Mahkeme bu dönemde, özel olarak KHK'nın yetki kanununun kapsamında olup olmadığı ile düzenlememesi gereken hakları düzenleyip düzenlemediği konusunda özel başlıklar da açmaktaydı<sup>23</sup>.

## **B. Anayasallık veya Kanunilik Denetimi**

Bir norma ilişkin denetimin anayasallık veya kanunilik denetimi olup olmadığı, sadece normların hiyerarşik yerine bakılarak tespit edilemez. Aynı zamanda, genel olarak ilgili normun ve denetimin doğası ile denetimin hangi mahkemece yapıldığının da etkisi bulunmaktadır. Bu bağlamda, konu bakımından yetki denetiminde bir kanunilik veya kanuna uygunluk denetiminin de yer aldığı anayasallık denetimi söz konusu iken, içerik denetimi bütünüyle anayasallık denetimidir. Konu bakımından yetki denetiminde, her ne kadar Anayasa'nın 104. maddesine uygunluk denetimi yapılsa da, özellikle "kanunda açıkça düzenlenen konularda CBK çıkarılamaz" hükmü, bu denetim esnasında belirli oranda kanunilik denetiminin yapılmasını gerektirmektedir<sup>24</sup>. Çünkü, bir meselenin açıkça kanunda düzenlenip düzenlenmediğini tespit, konuyla ilgili kanun ve kanun maddelerini bulmayı, anlamını tespit etmeyi ve bir nevi ona aykırılık olup olmadığını anlamayı gerektirmektedir. Buna karşılık Eren'in belirttiği gibi, doğrudan CBK'nın kanuna aykırılığının denetimi için dava açılması Anayasal düzenlemeler kapsamında mümkün değildir<sup>25</sup>. Gözler ise, bu denetimin salt bir "kanunilik" denetimi olduğu gerekçesiyle AYM'ye verilmesini bile mantıksız ve gereksiz bulmuştur<sup>26</sup>.

<sup>23</sup> Bkz. bazı kararlar şunlardır: AYM, 2011/146 E., 2013/11 K.; AYM, 2011/144 E., 2013/23 K.

<sup>24</sup> Eren, açıkça kanunla düzenlenen bir alanın CBK ile düzenlenip düzenlenmediğinin denetiminin, kanuna uygunluğu kapsama da, doğrudan bir kanunilik denetimi olmadığını belirtmiştir (Eren, s.59).

<sup>25</sup> Eren, s.55; Yavuz Atar, *Türk Anayasa Hukuku, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2018, s.280*; Abdullah Sezer, "Normlar Hiyerarşisi ve Cumhurbaşkanlığı Kararnemeleri [Çok Boyutlu Normlar Piramidi Yaklaşımı]", *Anayasa Yargısı*, C. 36, Sayı 1, Y. 2019, s.386; Murat Azaklı, "Cumhurbaşkanlığı Kararnemelerinin Somut Norm Denetimi Yoluyla İncelenmesi", *Anayasa Yargısı*, C. 36, Sayı 1, Y. 2019, s.84-85; Lokman Yeniyay/Gülden Yeniyay, "Türk Hukukunda Yürütme Organının Düzenleme Yetkisi ve Cumhurbaşkanlığı Kararnemesi", *Anayasa Yargısı*, C. 36, Sayı 1, Y. 2019, s.131; Volkan Aslan, "Cumhurbaşkanlığı Kararnemelerinin Kanunlara Uygunluğunun Denetimi ve Çeşitli Hususların Kararneme ile Düzenleneceğinin Kanunlarda Belirtilmesi Üzerine", *Anayasa Yargısı*, C. 36, Sayı 1, Y. 2019, s.152 vd.

<sup>26</sup> Kemal Gözler, *Türk Anayasa Hukuku Dersleri*, Ekin Yayınevi, Bursa, 2019, s.376.



CBK'ların normlar hiyerarşisindeki yeri konusunda öğretilerde tartışma vardır. Bizim de dahil olduğumuz çoğunluk görüşüne göre, olağan CBK'lar hiyerarşik olarak kanunlarla aynı düzeyde değil, onların altında yer almaktadır<sup>27</sup>. Buna karşılık, bazı yazarlar olağan CBK'nın kanun düzeyinde olduğunu iddia etmişlerdir<sup>28</sup>. Bu sonraki görüş takip edildiğinde, “kanunilik denetimi” savı tamamıyla dışlanmış olmaktadır. Çünkü KHK'lardan farklı olarak CBK'ların yetki kanununa dayanması gerekmemektedir. Fakat, birinci görüş takip edilirse, kanunun hiyerarşik olarak altında olan CBK'nın kanunilik denetimine tabi olabileceği görüşüne de yer açılacaktır. Keza öğretilerde, CBK'ların denetiminin “kanunilik denetimi” olduğunu iddia edenler de bulunmaktadır<sup>29</sup>.

### C. Yasama veya Yürütme Fonksiyonu Denetimi

Çalışmamız açısından, konu bakımından yetki ile içerik denetimlerinin bir anayasallık-kanunilik denetimi olup olmadığı kadar, yasama veya yürütme fonksiyonunun denetimi olup olmadığı da önemlidir. Kural olarak anayasaya uygunluk denetimi, büyük oranda yasama fonksiyonuna ait işlemlerin denetimine odaklanmaktadır. Fakat, şekli anlamda yürütmenin başı olan Cumhurbaşkanı tarafından yapılan CBK, maddi kriter açı-

<sup>27</sup> **Özbudun**, s.249; **Ömer Anayurt**, *Anayasa Hukuku: Temel Kavramlar ve Türk Anayasa Hukuku*, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2019, s.327; **Can**, “Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri”, s.160; **Eren**, s.27-28; **Gözler**, s.377; **Ulusoy**, s.45; **Yılmaz**, s.236-237; **Yeniay/Yeniay**, s.112; **Yasin Söyler**, *Yeni Başkanlık Sisteminde Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi*, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2018, s.166. Söyler, mahfuz alanda çıkarılan CBK'ların kanunla hiyerarşik olarak eş düzeyde olduğunu da iddia etmiştir (**Söyler**, s.166; aynı yönde bkz. **Azaklı**, s.79). Bu görüşün hukuk mantığı ve Anayasal düzenlemeler anlamında birçok haklı gerekçesi bulunmaktadır: Anayasa'da olağanüstü CBK'ların kanun hükmünde olduğu belirtilirken, olağan CBK'lar için belirtilmemesi; 104. maddenin 17. fıkrasında, kanunda açıkça düzenlenen hususların CBK ile düzenlenemeyeceği, sonradan CBK'nın düzenlediği konuda kanun çıkarılırsa CBK'nın hükümsüz olacağı vb. Oysa, CBK'nın kanunla aynı düzeyde olduğunu ileri sürenlerin, 104. maddenin 17. fıkrasındaki hükümlerin “özel bir çatışma kuralı teşkil ettiği”, “CBK'ların yasama fonksiyonu ifa ettiği”, “CBK'ların AYM tarafından denetlendiği” ve “Anayasa'da açıkça CBK'ların kanun hükmünde olmadığını belirtmediği” gibi zayıf gerekçeleri vardır (Bkz. genel olarak bu görüşler için **Aslan**, s.146 vd.).

<sup>28</sup> **Ayhan Döner**, *Türk Anayasa Hukuku*, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2021, s.426; **Atar**, s.276; **Hasan Tunç**, *Türk Anayasa Hukuku (Ders Kitabı)*, Gazi Kitabevi, Ankara, 2018, s.228. Bkz. ayrıca, **Korkut Kanadoğlu**, “Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi”, *Galatasaray ÜHFD*, Sayı 2, Y. 2018, s.640-642; **Sezer**, s.390; **Barın**, s.34.

<sup>29</sup> **Gözler**, s.376.

sından doğrudan anayasadan kaynaklanan bir yetkiyle yapılan<sup>30</sup> “kural-işlem” mahiyetindedir ve bu işlemle Cumhurbaşkanını kısmi bir yasama fonksiyonunu ifa etmektedir<sup>31</sup>. Hiyerarşik olarak kanunun altında olan bir işlemle, yani CBK ile yasama fonksiyonu ifa etmek mümkün müdür? Eski dönemde olağan KHK’lar, kanunla eş düzeyde ve yasama fonksiyonu ifa eden bir işlem olarak görülmekteydi. Özellikle KHK’ların yetki kanununa dayanarak çıkarılması ve sonradan Meclis’in onayına tabi olması, bunların yasama fonksiyonuna dahil olduğu kanaatini güçlendirmekteydi. CBK’lar açısından, üst kademe yöneticilerin atanması gibi yürütmeye ilişkin alanlarda CBK ile ilk elden düzenleme yapılmaktadır. Yasamanın çıkarmış olduğu kanuna dayanma şartı bulunmamaktadır. Bu nedenle, özellikle bu alanlarda CBK’nın maddi anlamda yasama fonksiyonu gördüğünü söylemek mümkündür<sup>32</sup>. Fakat, şunu da belirtmek gerekir ki, Anayasanın 104. maddesinin 17. fıkrasındaki düzenlemelere bakıldığında, hiyerarşik olarak kanunun altında olduğu anlaşılan bir CBK ile, Cumhurbaşkanına bir kanuna dayanmadan yasama fonksiyonu ifa etme yetkisi vermek çelişkili bir durumdur. Bu nedenle söz konusu düzenlemenin isabetli olmadığını belirtmek mümkündür.

Sonuç olarak, konu bakımından yetki denetimi, yürütmenin, Anayasada belirlenen düzenleme alanının dışına çıkarak yargının ve özellikle yasamanın alanına taşımaya taşmadığını incelemektir. Buna karşılık, içerik denetimi ise daha ziyade yürütmeye bırakılan yasama fonksiyonu ile ilgili düzenleme yetkisinin anayasallığının denetimidir.

<sup>30</sup> **Can**, “Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri”, s.140; **Kanadoğlu**, s.644; **Ülgen**, s.14; **Halit Eyüp Özdemir**, “Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Hukuki Çerçevesi”, İstanbul Medipol ÜHFD, C. 6, Sayı 1, Y. 2019, s.266-267.

<sup>31</sup> **Eren**, s.27. **Eren**, Özbudun’dan esinlenerek, özellikle “CBK’ların doğrudan anayasadan kaynaklı ilk-el düzenleme yetkisine dayanarak” yasama işlevine sahip olduklarını belirtmiştir (**Eren**, s.27). **Özbudun**, s.211, 249; **Sezer**, s.371. **Ulusoy**, teorik olarak CBK’lara yasama veya yürütme işlemi nitelemesinin, uygulama açısından bir farklılık doğurmayacağını belirtmiştir (**Ulusoy**, s.45).

<sup>32</sup> Bkz. aynı yönde **Kanadoğlu**, s.642.

## V. İçerik ve Kapsam Bakımından

### A. Konu Bakımından Yetki Denetimi

Konu bakımından yetki, idarenin ancak belirtilen konularda işlem yapmaya yetkili olduğunu ifade etmektedir<sup>33</sup>. İdare hukukunda genel olarak yetkisizliğin kural, yetkili olmanın istisna olduğu kabul edilmektedir. Anayasa veya kanunlarla verilmeyen bir yetkinin idare tarafından kullanılması, işlemi bu yönüyle sakat hale getirmektedir<sup>34</sup>. Bu kapsamda, Cumhurbaşkanının öncelikle kararname çıkarma yetkisiyle donatılmış olması gerekmektedir. Eğer bu yetki anayasayla veya kanunla tanınmamışsa, cumhurbaşkanlığı kararnamesi adında bir işlem yapılması mümkün değildir. Dahası, söz konusu yetki tanınmış olsa bile, diğer unsurlar yanında, görev alanının konusal sınırları dışına çıkılmaması, işlemin hukuka uygunluğu açısından önemlidir.

CBK'nın konu bakımından yetki denetimi, Anayasa'nın 104. maddesinin 17. fıkrası başta olmak üzere diğer bazı maddelerinden hareketle oluşturulan bir kapsama sahiptir. Cumhurbaşkanının hangi konularda CBK çıkarabileceği ile hangi konularda çıkaramayacağını tespitine yarayan bir inceleme aşamasıdır.

Bu kapsamda AYM'nin CBK'lar ile verdiği kararlar<sup>35</sup>, öğreti<sup>36</sup> ve konuyla ilgili Anayasa maddelerinden hareketle aşağıdaki hususların konu bakımından incelendiği görülmektedir. Biz burada negatif (yasaklanan alan) ve pozitif (izin verilen alan) şeklinde ikili ayırım yaparak konu bakımından yetkiyi ele alacağız. Negatif alan, Anayasa'da CBK ile düzenle-

<sup>33</sup> **Ulu**, "İdari İşlemin Unsurlarının İşlevi", s.94.

<sup>34</sup> **Ulu**, "İdari İşlemin Unsurlarının İşlevi", s.94.

<sup>35</sup> *Bir norm denetimi kararında, konuyu ilk olarak yetki açısından ele alan Mahkeme, Cumhurbaşkanının yetkili olup olmadığını tespit etmek için, CBK'ya konu olan YAŞ'a ilişkin bir kanun düzenlemesinin olup olmadığını, eğer varsa kanunun açıklığını incelemiştir. İncelemede, 1612 sayılı Kanun'un 703 sayılı KHK ile yürürlükten kaldırılması nedeniyle söz konusu düzenlemede Cumhurbaşkanının yetkili olduğunu ve bu konuda CBK çıkarılabileceğini tespit etmiştir (AYM, 2018/125 E., 2020/4 K, 22.01.2020, s.4-5).*

<sup>36</sup> **Yılmaz**, s.239 vd.; **Can**, "Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri", s.172-173; **Sezer**, s.373; **Özdemir**, s.272-274; **Yeniay/Yeniay**, 122 vd. Öğretide bir kısım yazarlar Mahkemenin konu bakımından yetki denetimini sıralı bir şekilde yaptığını ve yapması gerektiğini belirtmişlerdir (**Barın**, s.188).

nemeyeceği belirtilen alanlar; pozitif alan ise düzenlenebileceği belirtilen alanlardır. Öncelikle negatif alanın şu hususları kapsadığı görülmektedir:

1. CBK'nın Anayasanın ikinci kısmının birinci ve ikinci bölümlerinde yer alan kişi hakları ve ödevleri ile dördüncü bölümde yer alan siyasi haklar ve ödevleri düzenleyip düzenlemediği<sup>37</sup>,

2. CBK'nın düzenlediği konunun, anayasada münhasıran kanunla düzenlenmesi öngörülen konulara ilişkin olup olmadığı<sup>38</sup>,

3. CBK'nın düzenlediği konunun, daha önce herhangi bir kanunla açıkça düzenlenip düzenlenmediği<sup>39</sup>.

Pozitif alan, yani CBK ile düzenleneceği Anayasa'da belirtilen konular ise şu şekildedir:

1. CBK'nın yürütme yetkisine ilişkin olması<sup>40</sup>,

2. CBK'nın, öğretide mahfuz alan olarak da adlandırılan “öncelikli düzenleme alanı” kapsamındaki konulara dair olması<sup>41</sup>,

3. CBK'nın bir kamu tüzel kişiliği kurması<sup>42</sup>.

Hemen belirtelim ki, bir CBK'nın pozitif alana ilişkin düzenleme yaptığı tespit edilse bile, bu düzenlemenin yukarıdaki yasak alanlardan

<sup>37</sup> Bkz. ayrıntılı tartışma için **Can**, “Cumhurbaşkanlığı Kararnemeleri”, s.144 vd.; **Atar**, s.279; **Melikşah Yasin**, “Cumhurbaşkanlığı Kararnemelerinin Türk İdari Teşkilat Hukukuna Etkileri”, *Anayasa Yargısı*, C. 36, Sayı 1, Y. 2019, s.323 vd. Bkz. haklar açısından CBK'nın konu sınırı için **Cengiz Gül**, “Türkiye’de Cumhurbaşkanlığı Sisteminin Dinamikleri ve Yürütmenin Yeni Konumu”, *Erciyes ÜHFD*, C. 13, Sayı 2, Y. 2018, s.254.

<sup>38</sup> Örneğin, vergi, suç ve ceza koymak ancak kanunla olabilecek hallerdendir (AY. 73/3; 38/3). Bkz. ayrıca **Can**, “Cumhurbaşkanlığı Kararnemeleri”, s.145 vd.; **Atar**, s.279; **Ülgen**, s.28 vd.

<sup>39</sup> Bkz. ayrıntılı bilgi için **Yılmaz**, s.251 vd.; **Sevgili-Gençay**, s.18 vd.; **Atar**, s.279-280; **Ülgen**, s.33 vd.

<sup>40</sup> Bkz. ayrıntılı bilgi için **Yılmaz**, s.254 vd.; **Can**, “Cumhurbaşkanlığı Kararnemeleri”, s.141 vd.

<sup>41</sup> Üst kademe kamu yöneticilerinin atanmalarına ilişkin usul ve esaslar (AY. 104/9); bakanlıkların kurulması, kaldırılması, görevleri ve yetkileri, teşkilat yapısı ile merkez ve taşra teşkilatlarının kurulması (AY. 106/son); Devlet Denetleme Kurulunun işleyişi, üyelerinin görev süresi ve diğer özlük işleri (AY. 108/son) ve Milli Güvenlik Kurulu Genel Sekreterliğinin teşkilatı ve görevleri (118/son), Anayasa’da özel olarak Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenleneceği belirtilen konulardır.

<sup>42</sup> Bkz. ayrıntılı bilgi için **Yasin**, s.319 vd.; **Yılmaz**, s.258-259 vd.

birisini içerip içermediği de her zaman incelenmelidir. Yukarıdaki unsurlar açısından herhangi bir anayasaya aykırılık tespit edilmez ise bir sonraki aşama olan içerik incelemesine geçilmesine karar verilir. Burada hem negatif alan kapsamında verilen konu bakımından yetkisizlik nedeniyle anayasaya aykırılık kararına hem de pozitif alan içerisinde olduğu için verilen uygunluk kararına örnek verebiliriz. Örneğin, AYM bir kararında, CBK’da yer alan “*aynı yerleşke içinde birden fazla hastane bulunması durumunda bu hastanelerin müşterek yönetimi için bir koordinatör başhekim görevlendirilebil*”eceğine dair hükmün, “*...kuralların, Anayasa’nun 106. maddesinin on birinci fıkrasında CBK ile düzenlenmesi özel olarak öngörülen konulardan biri olan bakanlıkların teşkilat yapısına ilişkin olduğu*” gerekçesiyle Anayasanın 104. maddesinin 17. fıkrasına aykırılık olmadığına, yani konu bakımından yetkisizlik teşkil etmediğine ve içerik denetimine geçilmesine karar vermiştir<sup>43</sup>.

Bir başka kararda ise, 19 sayılı CBK ile 5018 sayılı Kanuna çeşitli kurumları kapsayan cetvel eklenmesi konu bakımından yetki açısından incelenmiş ve haklı olarak sonuçta “*Dava konusu kural 5018 sayılı Kanun’a ekli (I) Sayılı Cetvel’e bazı eklemeler yapmak suretiyle kanun metninde değişiklik yapılmasını*” öngördüğü ve “*Kanunları değiştirmenin TBMM’nin görev ve yetkileri kapsamında bulunduğu...*” gerekçesiyle, konu bakımından yetkisizlik ve anayasaya aykırılık sonucuna varılmıştır<sup>44</sup>.

## B. İçerik Denetimi

İçerik denetiminin kapsamına bakıldığında, öncelikle bu denetim konu bakımından yetki denetimi safhasını geçmiş hükümler üzerinde yapılabildiği için, denetimin kapsamının önceki aşamada belirli oranda çizildiğini söyleyebiliriz.

Diğer yandan, içerik denetiminin CBK’nın yetki, şekil ve usul unsurları üzerinde değil, idari işlem teorisinden hareket edilirse, kural olarak sebep, konu ve amaç unsurları üzerinde yapılabileceğini söyleyebiliriz.

<sup>43</sup> Bkz. AYM, 2019/31 E., 2020/5 K., §32. Bkz. benzer yönde Cumhurbaşkanlığı Yüksek İstişare Kurulu ile ilgili CBK hükmünün yürütme yetkisine ilişkin olduğu ve yasak alanları da kapsamadığı için konu bakımından yetkili bulunduğu noktasında AYM, 2019/78 E., 2020/6 K., §16 vd. Bkz. ayrıca AYM, 2018/119 E., 2020/25 K., 11.06.2020, §16 vd.

<sup>44</sup> AYM, 2018/155 E., 2020/27 K., §23 vd.

Fakat Mahkemenin uygulaması, esas denetimi altında ‘sebeP’, ‘amaç’ ve ‘konu’ şeklinde başlıklar oluşturarak, bunlardan hangisine bir aykırılık olduğunu tespit etmek şeklinde değildir. Daha ziyade, diğer birçok mahkemenin yaptığı gibi, öncelikle aykırılık iddiasını ve bu iddiadaki olayları net bir şekilde anlamak<sup>45</sup>, sonrasında buna dair kuralları bulup listelemek ve iptali istenen kuralı bu kuralların (ölçü normların) mihengine vurarak, sonuca varmaktır. Diğer bir deyişle, büyük önerme olan anayasal kurallar ve diğer ölçü normların, küçük önermeyle (iptali istenen kural) içeriksel irtibatını kurmak ve arasındaki çelişkileri tespit etmektir. Tespit edilen aykırılık ve çelişkiler iptali gerektiriyorsa, o zaman da iptal etmektir. Bir örnek karar ile bunu göstermek daha açıklayıcı olabilir. 2020 yılında verdiği ilk CBK denetimi kararında, AYM, Yüksek Askeri Şûra ile ilgili CBK’nın 6. maddesindeki “...belirlenecek merci...” ibaresinin iptali istemini görüşmüştür<sup>46</sup>. Bu denetimi yaparken, “anayasaya aykırılık sorunu” başlığı altında, konu bakımından yetki denetimini yaptıktan sonra, “kuralın içerik yönünden incelenmesi” başlığını açarak maddi denetime geçmiştir. Mahkeme bu başlıkta, öncelikle ölçü norm olarak kullanacağı Anayasa hükmünden, yani 2. maddedeki hukuk devleti ilkesinden bahsetmiştir<sup>47</sup>. Bu paragrafı izleyen paragrafta ise, hukuk devletinin bir alt ilkesi olan hukuki güvenlik ilkesi ile onun bir unsuru olan hukuki belirlilik ilkesinden söz edilmiştir<sup>48</sup>. Hukuki güvenlik gereğince kuralların taşınması gereken nitelikleri kanunların yanında CBK’ların da taşınması gerektiği önermesine yer veren AYM, bundan sonra ilgili CBK hükmünün içeriğinde hangi konunun ne şekilde düzenlendiğini irdelemiş, iptali istenen CBK’nın hangi konuları kapsadığını ve ne ifade ettiğini ortaya koymuştur<sup>49</sup>. Nihayet, Mahkeme, yeni düzenleme ile kuralda bulunması gereken niteliklerden olan “belirlilik” kriterinin sağlandığı kanaatiyle iptal istemini yerinde görmemiştir: “CBK’nın 4. maddesinin (1) numaralı fıkrasında YAŞ’ın yılda en az bir kez toplanması öngörölmüş, Cumhurbaşkanı’nın da gerek-

<sup>45</sup> Mahkeme kimi zaman, “kuralın anlam ve kapsamı” şeklinde alt başlıklar açarak, öncelikle somut olayda kuralın hangi anlama geldiğini ve ne amaçla çıkarıldığını tespit etmeye çalışmaktadır (AYM, 2018/155 E., 2020/27 K., §14 vd.).

<sup>46</sup> AYM, 2018/125 E., 2020/4 K., 22.01.2020.

<sup>47</sup> AYM, 2018/125 E., 2020/4 K., §26.

<sup>48</sup> AYM, 2018/125 E., 2020/4 K., §27.

<sup>49</sup> Mahkemenin kendisi kararlarında, kuralın anlam ve kapsamını tespit ettiği gibi, zaten raportörlerin görevleri arasında ‘kuralın anlam ve içeriğini’ belirtmek de yer almıştır (AYM İçtüzüğü m.50).

*tiğinde YAŞ'ı toplayabileceği belirtilmiştir. YAŞ'ın bu niteliği gözetildiğinde Kurulun sekreteryaya hizmetlerini yerine getirmek üzere daimî bir sekreteryaya kurulmasına gerek görülmediği, dava konusu kurulla bu hizmetlerin Cumhurbaşkanınca belirlenecek bir merci tarafından yerine getirilmesinin öngörüldüğü anlaşılmaktadır. Bu çerçevede kuralda belirsizlik bulunmamaktadır". Görüldüğü gibi, Mahkeme, öğretilerde de belirtilen 'sebebe, amaç ve konu' unsurları açısından bir inceleme yapmamakta, tüm dengelimi bir argümantasyon yöntemi kullanmaktadır.*

İçerik denetiminde en önemli hususlardan birisi de, Mahkemenin ilk inceleme ve konu bakımından yetki aşamasında veya raporörlerin ortaya koyduğu rapor çerçevesinde, ilgili kuralı hangi anayasa kuralına veya ilkesine göre denetleyeceğinin belirlenmesidir. Kural olarak, belirlenen anayasa maddesinin yüksek ihtimalle bir aykırılığın olabileceğinden şüphelenilen maddeler olması ve bunun "ilk intiba" yöntemiyle daha önce belirlenmesi gerekmektedir. Mahkeme iptal davası açanların gerekçesi ile bağlı olmasa da<sup>50</sup> seçilen ilke veya kuralın titizlikle seçilmesi, "denetlenen kuralın iptali veya talebin reddi gibi neticeler açısından" önem arz etmektedir. Eğer Mahkeme, ret kararı verme niyetiyle, ilgisi olmayan bir kural veya ilkeyi ölçü norm olarak seçerse, elbette netice de farklı olacaktır.

## VI. Verilen Karar Türü ve Etkisi Bakımından

Bu başlık altında ikili bir ayırmadan hareketle, hem konu bakımından yetki hem de içerik denetiminin etkilerini ortaya koyabiliriz. Diğer bir deyişle, karar türü bakımından olumsuz ve olumlu karar ayırımı üzerinden konuyu ele almak daha uygun olur. Bu doğrultuda, Mahkemenin "anayasaya aykırılık" açısından kanaati olumsuz ise, yani Mahkeme ilgili kuralın konu bakımından yetki ve içerik bakımından anayasaya uygun olduğu kanaatine varırsa, karar türü her iki denetim için de "ret kararıdır". Bununla birlikte, eğer Mahkeme gerek içerik gerekse konu bakımından yetki denetimi içerisinde herhangi bir anayasaya aykırılık tespit ederse, o durumda her iki aşamada da "iptal kararı" verir<sup>51</sup>. Olumlu karar olarak ad-

<sup>50</sup> **Azaklı**, s.83. Yukarıda belirtildiği gibi, AYM, CBK'ların içerik denetiminde büyük oranda Anayasa'nın 2. maddesindeki temel ilkelere olan "hukuk devleti" ilkesine dayanmıştır.

<sup>51</sup> Aslında idare hukukunda, idarenin yasama yerine geçerek vergi koyması örneğinde olduğu gibi, fonksiyon gaspı niteliğindeki yetkisizlikler, yoklukla malul olarak görülmektedir, **Ragıp Sarıca**, İdari Kaza I: İdari Davalar, Kenan Matbaası, İstanbul,

landırdığımız bu karar tipinde, dava açanların veya itirazda bulunanların talepleri doğrultusunda bir anayasaya aykırılık tespit edilir. Konu bakımından yetki denetiminde iptal kararı, CBK'nın yetkisiz olunan bir alanda yapıldığını gösterir. İçerik denetiminde ise, ilgili hükmün Anayasa'daki bir kurala veya ilkeye anlam ve kavram bakımından aykırı olduğunu gösterir.

Yukarıda verilen kararların etkisine bakıldığında, eğer Mahkeme, ilgili kuralın konu bakımından yetki denetimi altında iptaline karar vermişse, artık "içerik denetimine" gerek kalmaz. Bu bağlamda, konu bakımından yetki incelemesi aşamasında iptal edilen CBK hükmüyle aynı konuda yeni bir CBK çıkarılması mümkün değildir. Zira, artık bir AYM kararı ile Cumhurbaşkanının ilgili konuda yetkili olmadığı kesinleşmiştir. Oysa, içerik bakımından iptal edilen bir CBK'nın AYM'nin iptal gerekçesindeki esaslara uygun davranılarak anayasaya uygun bir şekilde yeniden çıkarılması mümkündür.

Kararların etkisi bakımından değerlendirilebilecek bir başka husus da, on yıllık denetim yasağını CBK'lara da teşmil ettiren görüş açısından<sup>52</sup>, bu yasağın nasıl bir etki doğuracağıdır<sup>53</sup>. Diğer bir deyişle, on yıllık

---

1949, s.59. Anayasa yargısında da öteden beri farklı sebeplerle AYM'nin yokluk kararı verebileceği savunulmuştur (**Yılmaz Aliefendioğlu**, *Anayasa Yargısı ve Türk Anayasa Mahkemesi*, Yetkin Yayınları, Ankara, 1996, s.338 vd.; Krş. **Osman Can**, "Anayasa Yargısında Yokluk", Prof. Dr. Ergun Özbudun'a Armağan, C. II, Yetkin Yayınları, Ankara, 2008, s.194 vd.; **İbrahim Şahbaz**, "Anayasa Yargısında Yokluk", *Ankara Barosu Dergisi*, Sayı 4, Y. 1999, s.39). Bununla birlikte, kanaatimizce, AYM'nin idare hukukunda yokluk olarak addedilebilecek bu gibi fonksiyon gaspı durumlarında da "iptal" kararı vermesi gerekmektedir. Zira, hem Anayasa'da böyle bir karar türü belirtilmemiştir hem de yokluk kararının geçmişe yürüyerek işlemi baştan itibaren ortadan kaldırması, hukuki güvenlik ve AYM kararlarının geçmişe yürümezliği açısından birçok sorun yaratır (**Nur Uluşahin**, "Yokluk Teorisinin Anayasa Yargısındaki Yeri ve Uygulanabilirliği", Prof. Dr. Ergun Özbudun'a Armağan, C. II, Yetkin Yayınları, Ankara, 2008, s.722 vd.).

<sup>52</sup> Bkz. bizim de katıldığımız CBK'ların 10 yıllık denetim yasağına dahil olmadığı noktasında görüş için **Azaklı**, s.100.

<sup>53</sup> Öğretide eskiden sadece kanunlara has olduğunu savunanlar olduğu gibi KHK'ları kapsadığı da ileri sürülmekteydi. CBK'lar bakımından ise yine Anayasa'daki "kanun hükmü" ifadesini lafzi olarak yorumlayıp 10 yıllık denetim yasağının CBK'ları kapsamadığını ileri süren yazarlar vardır (Bkz. **Bahadır Apaydın**, "Cumhurbaşkanlığı Kararnemelerinin Yargısal Denetiminin Anayasa Yargısı ve İdari Yargı Alanına Etkileri", *Kamu Hukukçuları Platformu (18-19 Ekim 2019 tarihli toplantıda sunulan tebliğ metni)*,



denetim yasağının hem içerik hem de konu bakımından yetki denetimi sonunda verilen ret kararı açısından geçerli olup olmadığı ortaya konulmalıdır. Eğer konu bakımından yetki denetimi altında verilen ret karardan sonra, içerik denetimi içinde aynı norm için iptal kararı verilirse 10 yıllık yasak zaten devreye girmez. Buna karşılık, içerik denetimi esnasında, ret kararı verilirse elbette 10 yıl boyunca tekrar denetim istenemez.

### **Sonuç**

Cumhurbaşkanlığı kararnameleri, kanuni bir dayanağa ihtiyaç bırakmadan doğrudan Anayasa'dan kaynaklanan kural işlem niteliğinde bir normdur. Organik ve şekli anlamda yürütme işlemi olan CBK'lar, maddi anlamda yasama fonksiyonu ifa etmektedir. Kanun hükmünde ve hiyerarşik olarak kanunla aynı düzeyde olmamasına rağmen, CBK ile yürütmeye ilk-el düzenleme yetkisi tanınmakta, hatta mahfuz alan ile kimi yazarlara göre yasayı dışlayıcı bir alan oluşturulmaktadır.

Bu nitelikleri haiz olan CBK'ların Anayasaya uygunluk denetimi, bazı eleştirilere tabi tutulsa da AYM'ye verilmiştir. Mahkemenin yaptığı bu denetim, kimisine göre kanunilik olarak adlandırılmakla birlikte, kanaatimizce kural olarak bir anayasallık denetimidir. Mahkeme ilk inceleme denetiminden sonraki "esas denetimi" aşamasında, CBK'yı iki aşamada incelemektedir. Konu bakımından yetki denetimi ve bu aşamayı geçen kuralın içerik açısından anayasaya uygunluğunun denetimidir.

Söz konusu iki aşamalı denetimin, zaman bakımından birbirinden farkı, öncelik ve sonralık ilişkisi doğurmaktadır. Konu bakımından yetki denetimi, bir ön şart olarak, ilgili normun içerik denetiminden önce gelmektedir. Eğer konu bakımından yetkisizlik var ise, bu aşamada kural iptal edilmektedir.

İki aşama arasındaki diğer bir fark, denetim standardı olacak anayasal normlar bakımından ortaya çıkmaktadır. Konu bakımından yetki denetiminde, ölçü norm sabit bir şekilde 104. maddenin 17. fıkrası iken, içerik denetiminde normun konusuna göre değişmektedir. Fakat, verilen kararlara bakıldığında Mahkemenin büyük oranda hukuk devleti ilkesine dayandığı görülmektedir.

Konu bakımından yetki denetimi ile içerik denetimi arasındaki başka bir fark ölçütü ise, denetimin niteliğidir. Konu bakımından yetki, işlemin dışsal unsurunun denetimi iken, içerik denetimi içsel unsurlarla ilgilidir. Ayrıca, konu bakımından yetki daha ziyade yürütme fonksiyonu denetimi iken içerik denetimi yasama fonksiyonunun denetimidir. Son olarak, konu bakımından yetki içerisinde kanuna uygunluğu da taşıyan bir anayasallık denetimi söz konusu iken, içerik denetimi bütünüyle anayasallık denetimi niteliğindedir.

İçerik bakımından da her iki aşama arasında farklar vardır. Konu bakımından yetki, anayasada CBK ile düzenlenemeyeceği ve düzenlenebileceği belirtilen alanlar bakımından yapılmaktadır. Örneğin, yasama ve yargı alanının yanında kişi hak ve ödevleri ile siyasi hak ve ödevlerin CBK'ya konu yapılamaması gibi. Ya da kamu tüzel kişiliğinin CBK ile kurulabilmesi gibi pozitif düzenleme alanı da buna dahildir. İçerik denetimi ise, eskiden kanunlarda yapılan norm denetiminde olduğu gibi, denetlenen kural ile ölçü normun anlamını tespit edip karşılaştırarak, altlama yöntemiyle aykırılığı tespit etme şeklindedir.

Son olarak her iki aşamada verilen kararın türü ve etkisi açısından farklılıklara değinerek konuyu nihayete erdirebiliriz. Birincisi, Anayasaya aykırılık tespit edilmesi durumunda her iki aşamada verilen karar türü de aynıdır, yani iptal kararı verilmektedir. Eğer konu bakımından yetki denetiminde iptal kararı verilmişse, içerik denetimine geçilmez. Konu bakımından denetimde, bir anayasaya aykırılık tespit edilmezse bir sonraki aşamaya geçilme kararı verilirken, içerik bakımından denetimde artık iptal isteminin esastan reddi söz konusudur. Bu son durumda, CBK koyucu, AYM'nin gerekçesinde belirttiği aykırılıkları taşımamak kaydıyla, benzer konuyu tekrar düzenleyebilir.

## Kaynakça

- Açdoğuran, S. Burak, İdari İşlemin Yetki Unsuru ve Yetki Unsurundaki Sakatlıklar, Konya: Selçuk Üniversitesi SBE, 1998.
- Aliefendioğlu, Yılmaz, Anayasa Yargısı ve Türk Anayasa Mahkemesi, Ankara: Yetkin Yayınları, 1996.
- Anayurt, Ömer, Anayasa Hukuku: Temel Kavramlar ve Türk Anayasa Hukuku, Ankara: Seçkin Yayınevi, 2019.
- Apaydın, Bahadır, “Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Yargısal Denetiminin Anayasa Yargısı ve İdari Yargı Alanına Etkileri”, Kamu Hukukçuları Platformu (18-19 Ekim 2019 tarihli toplantıda sunulan tebliğ metni), [http://www.kamuhukukculari.org/upload/dosyalar/Bahadr\\_Apaydn.pdf](http://www.kamuhukukculari.org/upload/dosyalar/Bahadr_Apaydn.pdf), ET: 25.01.2021).
- Aslan, Volkan, “Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Kanunlara Uygunluğunun Denetimi ve Çeşitli Hususların Kararname ile Düzenleneceğinin Kanunlarda Belirtilmesi Üzerine”, Anayasa Yargısı, C. 36, Sayı 1, Y. 2019, s.139-162.
- Atar, Yavuz, Türk Anayasa Hukuku, Ankara: Seçkin Yayınevi, 2018.
- Azaklı, Murat, “Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Somut Norm Denetimi Yoluyla İncelenmesi”, Anayasa Yargısı, C. 36, Sayı 1, Y. 2019, s.73-104.
- Barın, Taylan, Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Hukuki Rejimi ve Anayasallık Denetimi, İstanbul: On İki Levha Yayınevi, 2020.
- Can, Osman, “Anayasa Yargısında Yokluk”, Prof. Dr. Ergun Özbudun’a Armağan, C. II., Ankara: Yetkin Yayınları, 2008.
- Can, Osman, “Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Hukuki Rejimi: Anayasa Mahkemesi Yaklaşımı”, Anayasa Yargısı, C. 37, Sayı 1, Y. 2020, s.133-192. (Metin içinde “Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri”)
- Döner, Ayhan, Türk Anayasa Hukuku, Ankara: Yetkin Yayınevi, 2021.
- Eren, Abdurrahman, “Anayasa Mahkemesinin Kanun Hükmünde Kararnamelere İlişkin İçtihadı Doğrultusunda Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Değerlendirilmesi”, Anayasa Yargısı, C. 36, Sayı 1, Y. 2019, s.1-72.
- Göçgün, Muhammed, İdari İşlemin Konu Unsuru, İstanbul: 1. Baskı, On İki Levha, 2017.

- Gözler, Kemal, Türk Anayasa Hukuku Dersleri, Bursa: Ekin Yayınevi, 2019.
- Gül, Cengiz, “Türkiye’de Cumhurbaşkanlığı Sisteminin Dinamikleri ve Yürütmenin Yeni Konumu”, Erciyes ÜHFD, C. 13, Sayı 2, Y. 2018, s.235-262.
- Kanadoğlu, Korkut, “Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi”, Galatasaray ÜHFD, Sayı 2, Y. 2018, s.637-650.
- Kaplan, Gürsel, İdari Yargılama Hukuku, Bursa: 3. Baskı, Ekin Yayınevi, 2018.
- Ortak, Yücel, Danıştay Kararları Işığında İdari İşlemin Yetki Unsuru, İstanbul: Medipol Üniversitesi SBE, 2019.
- Özbudun, Ergun, Türk Anayasa Hukuku, Ankara: Yetkin Yayınevi, 2018.
- Özdemir, Halit Eyüp, “Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Hukuki Çerçevesi”, İstanbul Medipol ÜHFD, C. 6, Sayı 1, Y. 2019, s.265-282.
- Sarıca, Ragıp, İdari Kaza I: İdari Davalar, İstanbul: Kenan Matbaası, 1949.
- Sevgili-Gençay, Fatma Didem, “Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Yargısal Denetimi: İlk Kararlar - İlk İzlenimler”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı 151, Y. 2020, s.1-27.
- Sezer, Abdullah, “Normlar Hiyerarşisi ve Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri [Çok Boyutlu Normlar Piramidi Yaklaşımı]”, Anayasa Yargısı, C. 36, Sayı 1, Y. 2019, s.353-412.
- Söyler, Yasin, Yeni Başkanlık Sisteminde Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi, Ankara: Seçkin Yayınevi, 2018.
- Şahbaz, İbrahim, “Anayasa Yargısında Yokluk”, Ankara Barosu Dergisi, Sayı 4, Y. 1999, s.23-48.
- Teziç, Erdoğan, Türkiye’de 1961 Anayasasına Göre Kanun Kavramı, İstanbul: İÜHF Yayını, 1972.
- Tunç, Hasan, Türk Anayasa Hukuku (Ders Kitabı), Ankara: Gazi Kitabevi, 2018.
- Ulu, Güher, “İdari İşlemin Unsurlarının İşlevi”, İstanbul Ticaret ÜSBD, Sayı 2, Y. 2020, s.74-102.
- Ulu, Güher, İdari İşlemin Yetki Unsuru, Ankara: 1. Baskı, Seçkin Yayınevi, 2012 (Metin içinde “İdari İşlemin Yetki Unsuru”).

- Ulusoy, Ali, “Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri: Varoluşsal, Yapısal ve Hukuksal Bir Değerlendirme”, Anayasa Yargısı, C. 37, Sayı 2, Y. 2020, s.31-66.
- Uluşahin, Nur, “Yokluk Teorisinin Anayasa Yargısındaki Yeri ve Uygulanabilirliği”, Prof. Dr. Ergun Özbudun’a Armağan, C. II., Ankara: Yetkin Yayınları, 2008.
- Ülgen, Özen, “Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Niteliği ve Türleri”, Galatasaray ÜHFD, Sayı 1, Y. 2018, s.3-39.
- Yasin, Melikşah, “Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Türk İdari Teşkilat Hukukuna Etkileri”, Anayasa Yargısı, C. 36, Sayı 1, Y. 2019, s.315-333.
- Yeniay, Lokman/Yeniay, Gülден, “Türk Hukukunda Yürütme Organının Düzenleme Yetkisi ve Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi”, Anayasa Yargısı, C. 36, Sayı 1, Y. 2019, s.105-138.
- Yılmaz, Halit, “Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Konu Bakımından Yetki Sınırları”, İstanbul Hukuk Mecmuası, C. 78, Sayı 1, Y. 2020, s.225-263.

## **DOĞU AKDENİZ’DE YAŞANAN GÜNCEL GELİŞMELERİN KIBRIS SORUNU VE ULUSLARARASI DENİZ HUKUKU ÇERÇEVESİNDE DEĞERLENDİRİLMESİ**

*Evaluation of the Current Developments in Eastern Mediterranean in the framework of the Cyprus Problem and the International Maritime Law*

**Dr. Öğr. Üyesi Mustafa ERÇAKICA\***

**Özet:** Karasuları, münhasır ekonomik bölge, kıta sahanlığı, bitişik bölge ve açık deniz alanları gibi alanlarda uygulanacak olan kurallar, burada bulunan cansız ve canlı kaynakların ekonomik getirisi ve deniz alanlarının stratejik önemi nedeniyle gün geçtikçe önem kazanan kavramlardır. Üç tarafı denizlerle çevrili bir devlet olarak Türkiye için de deniz alanları ve uluslararası deniz hukuku önemlidir. Türkiye Karadeniz’deki egemenlik alanlarını bölge devletleriyle uzlaşarak belirlemiştir. Ancak Ege’de Yunanistan, Doğu Akdeniz’de ise Güney Kıbrıs Rum Yönetimi ile sorunlar yaşanmaktadır. Kıbrıslı Rumlardan oluşan Güney Kıbrıs Rum Yönetimi’nin 2003 yılından bu yana Doğu Akdeniz’deki deniz alanlarını sınırlandırmak ve burada doğal kaynak arama çalışmalarını yapmak için faaliyetlerde bulunduğu görülmektedir. Türkiye ve Kıbrıslı Türklerin ise bölgedeki deniz alanı paylaşımının ve zenginliklerin dışında tutulmak istendiği göze çarpmaktadır. Ancak böyle bir tutum hem Doğu Akdeniz’deki sükuneti bozmakta,

---

\* Bahçeşehir Kıbrıs Üniversitesi Hukuk Fakültesi Uluslararası Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi. E-mail: m\_ercakica@hotmail.com ORCID: 0000-0003-0197-1207

hem de taraflar arasındaki sorunlara yeni boyutlar kazandırmaktadır. Yapılması gereken, bölgede Türkiye'nin ve Kıbrıslı Türklerin menfaatlerini de koruyan bir çözüme ulaşmaktır.

**Anahtar Kelimeler:** Uluslararası Deniz Hukuku, Doğal Kaynak, Akdeniz, Kıbrıs, Türkiye

**Abstract:** The rules that are created to be applied in marine areas such as territorial waters, exclusive economic zone, continental shelf, adjacent territory and offshore areas are becoming more and more important each day because of the economic consequences of the non living and living resources and the strategic importance of the marine areas. The international maritime law and sovereignty over marine areas are also important areas for Turkey as this country has three coastal areas surrounded by the sea. Turkey has designated marine areas in the Black Sea with a reconciliation with other regional states. However, there still are many problems with Greece in the Aegean Sea and the Republic of Cyprus in the Eastern Mediterranean Sea. It is seen that the Republic of Cyprus, which consists only of Greek Cypriots, has been carrying out activities to limit the marine areas in the Eastern Mediterranean since 2003 and to conduct natural resource exploration. Turkey and the Turkish Cypriots have been kept out of the sharing of the maritime areas and natural resources. However, such an attitude both disrupts the peace in the Eastern Mediterranean Sea and adds new dimensions to the ongoing problems between the parties. It is needed to reach a solution in region which protects the interests of Turkey and the Turkish Cypriots as well as other international acts.

**Keywords:** International Maritime Law, Natural Resources, Mediterranean Sea, Cyprus, Turkey

## **Giriş**

Uluslararası Deniz Hukuku, günümüzde deniz alanlarının sınırlandırılması ve burada bulunan kaynakların işletilmesinin önem ka-

zanmasıyla gündemimizi daha yoğun bir şekilde meşgul etmeye başlayan bir hukuk dalıdır. Bu alana ilişkin en önemli ve güncel uluslararası hukuk belgesi olarak kabul edilen Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Sözleşmesi (BMDHS) ve bu sözleşmenin net bir şekilde düzenleyerek uluslararası hukuka kazandırdığı karasuları, münhasır ekonomik bölge, kıta sahanlığı ve bitişik bölge gibi birçok temel deniz hukuku kavramı, bütün deniz alanlarının sınırlandırılması için sahil devletlerin kullandığı kavramlar haline gelmiştir.

Türkiye de üç tarafı denizlerle çevrili bir devlet olarak, birçok deniz alanına sahiptir. Ancak Karadeniz’deki deniz alanları dışında, Ege’deki ve Akdeniz’deki deniz alanlarına ilişkin çeşitli uluslararası uyuşmazlıkların tarafı olduğu görülmektedir. Bunlardan Ege Denizi’ndeki yetki alanları ile ilgili uyuşmazlık asla gündemden düşmezken, 2000’li yılların başından bu güne Akdeniz’deki deniz alanına ilişkin sınırlandırma da ateşli tartışmalara konu olmuştur. Tahmin edilebileceği gibi, Kıbrıs’taki fiili bölünmüşlük durumu, bu adayı da ilgilendiren her türlü sorunu daha da karmaşık bir hale getirmektedir. Durum, Doğu Akdeniz’deki deniz alanlarına ilişkin sınırlandırma ve paylaşım uyuşmazlıklarına ilişkin olarak da aynen bu şekildedir.

Bugün Kıbrıs ve Türkiye ekseninde gelişen ve uluslararası deniz hukukunu da ilgilendiren tartışmadaki deniz alanı, Doğu Akdeniz’dir. Doğu Akdeniz, Tunus’taki Bon Burnu ile, Sicilya Adası’nın batıya uzanan ucundaki Lilibeo Burnu arasında çizilen hattın doğusunda kalan bölgeyi ifade etmektedir. Dolayısıyla da Doğu Akdeniz’de Arnavutluk, Bosna-Hersek, Filistin, Hırvatistan, İsrail, İtalya, Karadağ, Libya, Lübnan, Mısır, Slovenya, Suriye, Tunus, Türkiye ve Yunanistan kıyıları ile çevrilidir<sup>1</sup>. Doğu Akdeniz, Dünya’nın doğusunu ve batısını birbirine bağlayan bir ticaret yolu üzerinde bulunduğu için çok büyük bir stratejik öneme sahip<sup>2</sup>, neredeyse kapalı bir denizdir<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> Cihat Yaycı, “Doğu Akdeniz’de Deniz Yetki Alanlarının Paylaşılması Sorunu ve Türkiye,” *Bilge Stateji*, C. 4, S. 6 (2012), sf. 2.

<sup>2</sup> A.g.e., sf. 4. Bölge devletlerinin coğrafi özellikleri için bkz: Soyaloğlu Tamçelik ve Emre Kurt, “Türkiye’nin Münhasır Ekonomik Bölge Algısı ve Yakın Tehdit Alanı: Kıbrıs,” *Uluslararası Güvenlik Kongresi Bildiriler Kitabı*, ed. Hasret Çomak, C. 3, 1.



Türkiye, günümüzde Türkiye ve Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti (KKTC) tarafından Güney Kıbrıs Rum Yönetimi (GKRY) olarak anılan, dünyanın geri kalanının ise Kıbrıs Cumhuriyeti şeklinde tanıdığı oluşumu devlet olarak tanımamaktadır. Söz konusu bu oluşum ise, KKTC'yi devlet olarak tanımamakta, diğer uluslararası hukuk sùjeleri de onunla aynı politikayı izlemektedir. Doğu Akdeniz'de en etkili söz hakkına sahip olması gereken aktörlerin uluslararası hukuk sùjelikleri üzerinde herhangi bir uzlaşa olmadığı görülürken, deniz alanlarının sınırlandırılmasına ilişkin uzlaşmanın nasıl sağlanacağı çok büyük bir merak konusudur.

Çalışmada gündemi yoğun bir şekilde meşgul eden Doğu Akdeniz'deki durum aktarılacaktır. Bu çerçevede, Kıbrıs'taki fiili bölünmüşlük durumunun, Doğu Akdeniz'deki deniz yetki alanlarının sınırlandırılmasına ilişkin uyumsuzluğu nasıl etkilediğı üzerinde de durulacaktır.

## **I. Bölgesel En Önemli Aktörlerden Birisi Olarak Türkiye Cumhuriyeti ve Deniz Sınırlandırma Rejimi**

Bu çalışmanın ana konusu, Doğu Akdeniz'de yaşanan gelişmeler ve Kıbrıs olarak belirlenmiştir. Ancak hem bölgesel en önemli aktörlerden olması, hem Akdeniz'de dar bir alana hapsedilmeye çalışılması, hem de Kıbrıslı Türklerle olan yakın ilişkisi nedenleriyle Türkiye'nin durumuna da değinilmesi kaçınılmazdır.

Türkiye'nin üç tarafı denizlerle çevrili egemen bir devlet olarak karasuları ve münhasır ekonomik bölge<sup>4</sup> ilan etmesi hiç kuşkusuz ki

---

B., 2014, sf. 888-892. Bölge devletlerinin Doğu Akdeniz'deki sorun ile olan faaliyetleri hakkında bilgi için bkz: Fuat Aksu, "Doğu Akdeniz Deniz Yetki Alanları Sorunu ve Türkiye-AB İlişkileri," Doğu Akdeniz'de Hukuk ve Siyaset, ed. Sertaç Hami Başeren, Ankara Üniversitesi Yayınları, Ankara, 2013, sf. 163 vd.

<sup>3</sup> Akdeniz'e ilişkin coğrafi bilgiler hakkında bilgi için bkz: Bayram Öztürk ve Sertaç Hami Başeren, "The Exclusive Economic Zone Debates in the Eastern Mediterranean Sea and Fisheries," Journal of Black Sea/Mediterranean Environment, C. 14 (2008), sf. 78.

<sup>4</sup> Münhasır ekonomik bölge, 1960'lı yıllarda ortaya çıkan ve BMDHS ile de düzenlenen bir uluslararası deniz hukuku kavramıdır. Enver Bozkurt, "Uluslararası Hukuk Bakımından Münhasır Ekonomik Bölge Kavramının Ortaya Çıkışı," Uluslara-

mümkündür. Bu kapsamda, deniz alanlarını düzenlemeye yönelik girişimlerde bulunmuştur. Öncelikle belirtilmesi gerekir ki, bilindiği gibi Türkiye, BMDHS'ye taraf değildir<sup>5</sup>.

Türkiye 1986'da Karadeniz'de karasularının ölçülmeye başlandığı esas hattan başlayarak 200 mil genişliğine uzanan alanı, hakkaniyet ilkesi ile diğer devletlerin seyrüsefer, uçuş, denizaltına kablo ve boru hattı döşeme haklarını da tanıyarak, münhasır ekonomik bölge olarak

---

rası Hukuk ve Politika, C. 2, S. 5 (2006), sf. 51. BMDHS'nin metni için bkz: <https://denizmevzuat.uab.gov.tr/uploads/pages/uluslararası-sozlesmeler/denizhukuku.pdf> (Erişim Tarihi: 26 Mayıs 2020).

Kıbrıs'ta yaşanan güncel gelişmeleri en çok ilgilendiren deniz alanı olan münhasır ekonomik bölgedir. Söz konusu deniz alanına ilişkin olarak BMDHS'de 55. madde ve devamında birçok düzenlemeye yer verildiği görülmektedir. 55. maddeye göre münhasır ekonomik bölge, karasularının ötesinde yer alan ve bunlara bitişik olan bir bölgedir. 57. maddeye göre, söz konusu bölge karasularının ölçüldüğü esas hattan itibaren 200 milin ötesine geçemeyecektir. Münhasır ekonomik bölgede, ilgili devletin dışında, diğer başka devletlerin hak ve yükümlülüklerinin de söz konusu olabileceği görülmektedir. Örneğin diğer devletlerin burada seyahat serbestliği, buraya denizaltı kablo ve petrol borusu döşemesi bu kapsamda değerlendirilmektedir.

BMDHS'nin özellikle 61. maddesi ve devamında yer alan maddelerden de anlaşılabilir gibi, ilgili sahil devletinin bu bölgede yer alan canlı kaynaklardan faydalanması mümkündür. 56. maddeye göre ise yine ilgili devletler, kendi münhasır ekonomik bölgelerinde bulunan cansız doğal kaynakların araştırılması, işletilmesi ya da muhafazası için faaliyetlerde bulunabilecektir. Ayrıca burada enerji üretimi, ekonomik araştırmaların yapılması, yapay ada ve benzeri tesis ve yapıların kurulması, bilimsel araştırma yapılması, deniz çevresinin korunması çalışmalarının yapılması gibi eylemleri gerçekleştirmeye de yetkilidir. Sahildar devletin bu bölgedeki bir gemiye çıkma, geminin denetimini yapma, gemiye el koyma ve bu gemiyle ilgili hukuki işlem yapma da dâhil olmak üzere, gerekli bütün tedbirleri alma konularında egemenliğini kullanma hakkına sahip olduğu görülmektedir<sup>4</sup>.

BMDHS'nin 60. maddesine göre ise bu alanda yetki kullanacak olan devlet, yapay adalar yapma veya 56. maddede belirlenen amaçları da kapsayacak şekilde ekonomik faaliyetler için tesis ve yapılar inşa etme yetkisine sahiptir. İlgili devlet, bu yapay adalar, tesisler ve yapılar üzerinde gümrük, maliye, sağlık, güvenlik ve göç konularında münhasır yetkiye sahip olacaktır.

<sup>5</sup> Uluslararası deniz hukuku kuralları büyük oranda uluslararası yapılageliş huktundan doğmuştur. Ulaş Gündüzler, "United Nations Convention on Law of Sea as a Mixed Treaty of EU: A Headache for Turkey," Ankara Avrupa Çalışmaları Dergisi, C. 12, S. 2 (2013), sf. 63. Bu kuralların oluşmasındaki tarihsel süreç hakkında özet bilgi için bkz: Andrew Filis ve Rafael Leal-Arcas, "Legal Aspects of Inter-State Maritime Delimitation in the Eastern Mediterranean Basin," Queen Mary University of London, School of Law Legal Studies Araştırma Notu, N. 142/2013, C. 11, S. 3 (2013), sf. 6 vd.

ilan etmiştir<sup>6</sup>. Sovyet Sosyalist Cumhuriyetler Birliği (SSCB) ile varılan uzlaşısı sonucu belirlenen münhasır ekonomik bölge ilanı, SSCB dağıldıktan sonra da değişmemiş, halef devletler olarak Rusya Federasyonu, Ukrayna ve Gürcistan ile yapılan andlaşmalarda da durum aynen korunmuştur. Zaten 1978 Devletlerin Uluslararası Andlaşmalara Halefiyeti Sözleşmesi'nin 34. maddesi gereğince sona eren devletin halef devletleri, bu devletin yapmış andlaşmalara taraf olurken, uluslararası yapılageliş kuralı da sınır andlaşmalarının halefiyet durumlarında devam edeceğini bildirmektedir<sup>7</sup>. 1997 yılında Bulgaristan ile yapılan bir andlaşma ile bu devletle olan münhasır ekonomik bölge ilişkisi de hukuki bir zemine kavuşturulmuştur<sup>8</sup>.

Türkiye, Kıbrıslı Türklerin Akdeniz'de bulunan haklarını koruma amacını da göz önünde bulundurarak, 2011'de Doğu Akdeniz'de KKTC ile Kıta Sahanelığı Sınırlandırma Andlaşması'nı yapmıştır<sup>9</sup>. Öte yandan Türkiye, Ege Denizi ve Doğu Akdeniz'de ne kıta sahanlığı<sup>10</sup>, ne de münhasır ekonomik bölge ilan etmiştir. Türkiye ile Yunanistan arasında Ege Denizi'ndeki yetki alanlarına ilişkin bir uzlaşmaya varılamaması hem iki devletin ilişkilerine, hem de Türkiye ile Avrupa Birliği ilişkilerine negatif şekilde yansımaktadır<sup>11</sup>. Yunanistan ile Türkiye

<sup>6</sup> A.g.e.

<sup>7</sup> Ceren Zeynep Pirim, "1978 Devletlerin Uluslararası Andlaşmalara Halefiyeti Sözleşmesi Işığında İkili Andlaşmalara Halefiyet: Teorik Bir Değerlendirme," MÜHFHAD, C. 22, S. 2 (2016), sf. 153. Ayrıca bknz: 1978 Devletlerin Uluslararası Andlaşmalara Halefiyeti Sözleşmesi, [https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/conventions/3\\_2\\_1978.pdf](https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/conventions/3_2_1978.pdf) (Erişim Tarihi: 8 Ağustos 2020).

<sup>8</sup> Filis ve Leal-Arcas, sf. 18.

<sup>9</sup> Türkiye Cumhuriyeti Resmi Gazetesi, 10 Ekim 2012, 28437, <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2012/10/20121010-3.htm> (Erişim Tarihi: 8 Ağustos 2020). Ayrıca bknz: Türkiye Cumhuriyeti Dışişleri Bakanlığı, No: 216, 21 Eylül 2011 Türkiye - KKTC Kıta Sahanelığı Sınırlandırma Anlaşması İmzalanmasına İlişkin Dışişleri Bakanlığı Basın Açıklaması, [http://www.mfa.gov.tr/no\\_-216\\_-21-eylul-2011-turkiye-\\_-kktc-kita-sahanligi-sinirlandirma-anlasmasi-izmalanmasina-iliskin-disisleri-bakanligi-basin-ac\\_tr.mfa](http://www.mfa.gov.tr/no_-216_-21-eylul-2011-turkiye-_-kktc-kita-sahanligi-sinirlandirma-anlasmasi-izmalanmasina-iliskin-disisleri-bakanligi-basin-ac_tr.mfa) (Erişim Tarihi: 28 Mayıs 2020).

<sup>10</sup> Devletlerin münhasır ekonomik bölgelerini ilan etmeleri gerekmektedir, kıta sahanlığı ilanı gerekli değildir. Devletlerin kıta sahanlığına *ab initio* ve *ipso facto* sahip oldukları kabul edilmektedir. Zaten günümüzde birçok devlet de münhasır ekonomik bölge ilan etmelerine rağmen, kıta sahanlığı ilan etmemektedir. Yücel Acer ve İbrahim Kaya, Uluslararası Hukuk, USAK Yayınları, 2. B., Ankara, 2011, sf. 171.

<sup>11</sup> Aksu, sf. 162.

arasındaki kıta sahanlığına ilişkin yetki uyuşmazlığı Yunanistan tarafından Uluslararası Adalet Divanı’na götürülmüş, ancak Türkiye’nin yargı yetkisini tanımamış olması nedeniyle Divan Ege’deki kıta sahanlığı anlaşmazlığında yetkisizlik kararı vermiştir<sup>12</sup>.

Türkiye’nin, 1982 Türk Karasuları Kanunu’na göre Ege Denizi’ndeki karasularının 6 mil, Karadeniz ve Akdeniz’deki karasularının ise 12 mil olarak ilan edildiği görülmektedir<sup>13</sup>. Ancak bilindiği gibi Türkiye ve Yunanistan arasında karasuları ve kıta sahanlığı sorunu uzun yıllardır devam etmektedir. Yunanistan, Ege’deki deniz alanlarını sınırlandırırken, BMDHS’nin tanımış olduğu maksimum sınırları kullanmak, Türkiye gibi coğrafi olarak yakın bir diğer bölge devletini Ege’de daha dar bir alana hapsedmek istemektedir. Örneğin BMDHS’nin üçüncü maddesine göre, devletler en fazla 12 mil deniz karasuları ilan edebilmektedir. Yunanistan da, Ege denizi buna elverişli olmamasına rağmen, anılan sözleşmede öngörülen bu sınırların maksimum limitlerini kullanmak istemektedir. Buna ek olarak da, deniz alanına ilişkin sınırların ölçüleceği noktayı, yani esas hattı, adalarından itibaren başlatmayı ve adalar ile Türkiye arasında eşit uzaklık ilkesinin kullanarak kendi yetkisindeki deniz alanlarını belirlemeyi talep etmektedir<sup>14</sup>. Oysa bu durumda, Yunanistan açısından ölçüm adalardan itibaren başlayacağı için, Türkiye Ege’de hakkaniyete aykırı bir deniz alanına sahip olacaktır<sup>15</sup>. Oysa hakkaniyet ilkesi, deniz alan-

<sup>12</sup> Gündüzler, sf. 65.

<sup>13</sup> 2674 numaralı, 20 Mayıs 1982 tarihli Karasuları Kanunu’nun 1. maddesine göre “Türk karasuları, Türkiye ülkesine dahildir. Türk karasularının genişliği altı milidir. Cumhurbaşkanı, belirli denizler için, o denizlerle ilgili bütün özellikleri ve durumları göz önünde bulundurmamak ve hakkaniyet ilkesine uygun olmak şartıyla, altı milin üstünde karasuları genişliği tespit etmeye yetkilidir.” Kanun metnine ulaşmak için bkz: <https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.2674.pdf> (Erişim Tarihi: 31 Mayıs 2020). Bu kapsamda Karadeniz ve Akdeniz’deki karasuları 12 mile çıkartılmıştır. İsmail Balık, “Türkiye’nin Deniz Yetki Alanları ve Kıyıdaş Ülkelerle Yetki Alanı Anlaşmazlıkları,” Kent Akademisi, C. 11, S. 1 (2018), sf. 91.

<sup>14</sup> Sami Doğru, “Ege Denizi Kıt’a Sahaneliği Uyuşmazlığına Çözüm Önerisi: Ortak Arama ve İşletme,” Stratejik Araştırmalar Dergisi, 2 (2003), sf. 513.

<sup>15</sup> Filis ve Leal-Arcas, sf. 21-22.

larının sınırlandırılmasında göz önünde bulundurulması gereken bir ilkedir<sup>16</sup>.

Türkiye, doğal uzantı ilkesine dayanarak iki devletin ana karaları arasındaki deniz alanında bir sınırlandırma yapılmasını isterken, Yunanistan, adaların tamamının kıta sahanlığına sahip olması gerektiğini belirtmektedir<sup>17</sup>. Örneğin Yunanistan Ege'de 12 millik bir karasuları ilan etmek de istemektedir. BMDHS'nin karasuları rejimini düzenleyen 3. maddesine göre sahildar her devletin karasularını belirleme hakkı vardır. Ancak karasularının esas hattan itibaren 12 deniz milini geçmesi mümkün değildir. 12 milin maksimum sınır olduğu, aslında karasularının dış sınırının coğrafi koşullara göre, bu maksimum sınırı aşmayacak şekilde düzenlenmesi gerektiği unutulmamalıdır<sup>18</sup>.

Yunanistan'ın kıta sahanlığı iddiası da Türkiye açısından hakkaniyete aykırı sonuçlar ortaya koymaktadır. Yunanistan'ın Doğu Ege'de üzerinde hak iddia ettiği adalarının bir kısmı aslında Anadolu'nun doğal uzantısı üzerinde bulunmaktadır<sup>19</sup>; bu nedenle de söz konusu adaların kıta sahanlığı olmamalıdır<sup>20</sup>. Tarafların bu sorunu Ege Denizi'nin somut özelliklerini<sup>21</sup> de göz önünde bulundurarak çözmesi gerekmektedir. Ek olarak iyi niyet, hakkın kötüye kullanılmaması, eşitlik gibi ilkeler ile, hakkaniyetin de çözüm sırasında esas alınması gerekmektedir<sup>22</sup>.

Türkiye ile Libya Ulusal Mutabakat Hükümeti (UMH) arasında "Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti ile Libya Devleti Hükümeti Arasında

<sup>16</sup> Mehmet Akif Kütükçü ve İslam Safa Kaya, "Uluslararası Deniz Hukuku Kapsamında Doğu Akdeniz'deki Petrol ve Doğalgaz Kaynakları ile Türkiye'nin Hukuki Durumu," Batman Üniversitesi Yaşam Bilimleri Dergisi, C. 6, S. 2/1 (2016), sf. 86.

<sup>17</sup> Doğru, sf. 229.

<sup>18</sup> Hüseyin Pazarcı, Uluslararası Hukuk, Turhan Kitabevi, 17. B., Ankara, 2018, sf. 285.

<sup>19</sup> Gündüzler, sf. 64.

<sup>20</sup> Mehmet Dalar, "Türkiye'nin Doğu Akdeniz Politikasının Hukuksal Dayanakları," XI. Uluslararası Uludağ Uluslararası İlişkiler Kongresi "Soğuk Savaş Sonrası Dönemin Temel Gelişme ve Dinamikleri," 14-15 Ekim 2019, sf. 156.

<sup>21</sup> Ege Denizi'nin coğrafi özellikleri hakkında bilgi için bkz: Balık, sf. 88.

<sup>22</sup> Selami Kuran, Uluslararası Deniz Hukuku, Türkmen Kitabevi, 3. B., İstanbul, 2009, sf. 132 ve 213-214. Ayrıca bkz: Uğur Bayılhoğlu, Uluslararası Hukuk Açısından Ege Karasuları Sınırlandırılması, Turhan, 2011, sf. 223 vd.

Akdeniz’de Deniz Yetki Alanlarının Sınırlandırılmasına İlişkin Mutabakat Muhtırası’ başlığı altında, Türkiye’nin Akdeniz’de deniz yetki alanları konusunda, bir anlaşma yapılmıştır. Bu da Türkiye’nin Akdeniz’de deniz sınırlandırılmasına ilişkin olarak KKTC’yle yapmış olduğu andlaşmadan sonra, ikinci andlaşmadır. Ancak Türkiye henüz Akdeniz’de münhasır ekonomik bölge ilanında bulunmamıştır. Bu andlaşmalar doğrultusunda bazı sınırlar belirlenmiştir ve çalışmalar sürmektedir. Libya ile yapılan andlaşmanın ardından 6 Ağustos 2020 tarihinde Doğu Akdeniz’de Mısır ve Yunanistan arasında Deniz Yetki Alanlarının Sınırlandırılması Andlaşması’nın yapıldığı görülmektedir<sup>23</sup>. Türkiye Cumhuriyeti yetkilileri kendilerini Doğu Akdeniz’de Antalya körfezine hapsedmeyi amaçlayan her türlü girişim gibi, bu yeni andlaşmanın yaratacağı durumu da reddetmeyi sürdüreceklerini dile getirmiştir<sup>24</sup>.

Türkiye’nin deniz alanlarıyla ilgili çok tartışılan durum, kısaca yukarıda özetlendiği gibidir. Ancak uluslararası toplumun ve özellikle Akdeniz’deki devletlerin gündemini meşgul eden tartışma, Doğu Akdeniz bölgesinde yer alan deniz alanlarının sınırlandırılmasına ilişkindir. Bu sınırlandırma problemine Kıbrıs sorunu da girince, durum oldukça karmaşık bir hale bürünmektedir. O halde, Akdeniz’deki hakları gasp edilmeye çalışılan Türkiye’nin ve KKTC’nin durumuna, Kıbrıs

---

<sup>23</sup> Cüneyt Yüksel ve Deniz Baran, “Uluslararası Hukukta Doğu Akdeniz Krizi ve Türkiye ile Libya Arasındaki Deniz Yetki Alanlarını Sınırlandırma Mutabakatının Değerlendirilmesi,” MHB, C. 40, S. 1 (2020), sf. 523. Ayrıca bkz: Türkiye Cumhuriyeti Resmi Gazetesi, 7 Aralık 2019, 30971, [https://www.resmigazete.gov.tr/fihrist?tarih=2019-12-07](https://www.resmigazete.gov.tr/fihrist? tarih=2019-12-07) (Erişim Tarihi: 8 Ağustos 2020). Ayrıca bkz: Tuğrul Çam, Türkiye-Libya Anlaşması Türkiye’nin Doğu Akdeniz Politikasında Önemli Kazanım, 3 Aralık 2019, <https://www.aa.com.tr/tr/dunya/turkiye-libya-anlasmasi-turkiyenin-dogu-akdeniz-politikasinda-onemli-kazanim/1662097> (Erişim Tarihi: 28 Mayıs 2020). Türkiye Libya ile karşılıklı kıyılara sahiptir. Bu durum göz önünde bulundurularak, kendisinin bölge aktörü değilmişçesine yapılan girişimler karşısında diplomatik bir hamleyle Libya ile söz konusu bu andlaşmayı yapmıştır. Yaycı, sf. 36. Böylece Türkiye ilk defa bir kıyıdaş devleti ile münhasır ekonomik bölge sınırlandırma andlaşması yapmış, bölgede göz önünde bulundurulması gereken bir aktör olduğunu da ortaya koymuştur. Yaycı, sf. 36.

<sup>24</sup> “Kalin: ‘Anlaşması Bozan ve Güveni Sarsan Yunanistan Tarafıdır,’” <https://www.vekibris.com/kalin-anlasmayi-bozan-ve-guveni-sarsan-yunanistan-tarafidir/> (Erişim Tarihi: 10 Ağustos 2020).

sorunu ekseninde, Doğu Akdeniz'deki tartışmalarla birlikte bakmak, çok önemlidir.

## **II. Doğu Akdeniz'deki Güncel Gelişmeler ve GKRY'nin Faaliyetleri**

BMDHS'nin 121. maddesinin birinci fıkrasında ada, etrafı sularla çevrili olan, sular en yüksek seviyeye ulaştığında da su üstünde kalmaya devam eden ve doğal olarak meydana gelmiş olan bir kara parçası olarak tanımlanmaktadır. Bu maddenin ikinci fıkrasına göre bir adanın karasularının, bitişik bölgesinin, münhasır ekonomik bölgesinin ve kıta sahanlığının sınırlandırılması, sözleşmenin diğer kara parçalarına uygulanacak olan hükümlere uygun bir şekilde yapılmalıdır. Ayrıca maddenin üçüncü fıkrasına göre, insanların oturmasına elverişli olmayan veya kendilerine özgü ekonomik bir yaşamı bulunmayan kayalıkların ise, münhasır ekonomik bölge veya kıta sahanlıkları gibi deniz alanlarına sahip olması mümkün değildir.

Bilindiği gibi Kıbrıs, Akdeniz'de bulunan, oldukça sorunlu ve uluslararası toplumun gündeminden düşmeyen bir adadır. Kıbrıs'ın üzerinde insan yaşamı kurmaya elverişli olduğu gibi, burada ekonomik faaliyetlerin yürütülmesi de herkes tarafından bilindiği gibi mümkündür. Bu adada 'KKTC' tanınmamış, 'Kıbrıs Cumhuriyeti' ya da GKRY ise tanınmış birer devlet olarak hala varlığını sürdürmektedir. KKTC adanın kuzey kısmında ve Türkiye'ye coğrafi olarak yakın konumda bulunmaktadır. GKRY ise fiilen adanın güneyinde etkili otorite olarak bulunan, ancak adanın tamamı üzerinde egemenlik kurma hakkının bulunduğunu iddia eden devlettir. Uluslararası toplum, BM Güvenlik Konseyi kararları doğrultusunda<sup>25</sup>, aslında sadece Kıbrıslı Rumlardan

---

<sup>25</sup> Kıbrıs Adası üzerinde Kıbrıs Cumhuriyeti'nden farklı bir devletin kurulmasını kabul etmeyen ve uluslararası hukuk sükelerine bunu tanımama çağırısı yapan BM Güvenlik Konseyi örnek kararları için bkz: 18 Kasım 1983 tarihli 541 sayılı karar, [http://www.un.org/en/ga/search/view\\_doc.asp?symbol=S/RES/541\(1983\)](http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/RES/541(1983)) (Erişim Tarihi: 3 Haziran 2020) ve 11 Mayıs 1984 tarihli, 550/1984 sayılı karar, [http://www.un.org/en/ga/search/view\\_doc.asp?symbol=S/RES/550\(1984\)](http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/RES/550(1984)) (Erişim Tarihi: 3 Haziran 2020).

oluşan GKRY’nin bu iddiasını kabul etmekte ve Kıbrıs’ın kuzeyindeki durumu adeta geçici bir egemenlik kaybı gibi görmektedir. Bu nedenle de GKRY, ‘Kıbrıs Cumhuriyeti’ olarak kabul edilip, Avrupa Birliği’ne bir bütün olarak alınmış, sadece kuzeyde Avrupa Birliği hukukunun uygulanması askıya alınmıştır<sup>26</sup>.

Kıbrıs etrafında bulunan deniz alanlarında çeşitli haklar ilan etmenin önünde teoride hukuki bir engel yokken, sorun bu adadaki fiili bölünmüşlük durumundan kaynaklanmakta, uluslararası politikanın da etkisiyle, çözüm bekleyen konular çoğalmaktadır. Doğu Akdeniz’de Kıbrıs yakınlarında bulunan hidrokarbon kaynaklarının varlığına yönelik tartışmayla bu durum önemli şirketlerin dikkatini çekmiştir<sup>27</sup>. Bunun ardından Kıbrıs sorununa yeni boyutlar da eklenmiş, durum iyice çok bilinmeyenli bir denklem haline gelmiştir.

Belirtildiği gibi, günümüzde Kıbrıs ve Türkiye ekseninde gelişen ve uluslararası deniz hukukunu da ilgilendiren tartışmadaki deniz alanı, Doğu Akdeniz’dir. Doğu Akdeniz’de hem petrol, hem doğal gaz, hem de hidrat yataklarının olduğu bilinmektedir<sup>28</sup>. Bu tarz doğal kaynaklar, elinde bulunduranlara sağladıkları ekonomik güç nedeniyle, dünyanın neresinde olursa olsun, paylaşmalarına ilişkin olarak çeşitli uyuşmazlıklara ve siyasi gerilimlere neden olabilecektir. Özellikle Av-

---

<sup>26</sup> Hacer Soykan Adaoğlu, “Special Territories in European Union and North Cyprus: A Sui Generis Relationship Under Community Law”, *Uluslararası İlişkiler*, C. 6, S. 23 (Sonbahar 2009), sf. 135. KKTC, GKRY hükümetinin etkili kontrolü dışındaki bölge olarak anılmaktadır. Hacer Soykan Adaoğlu, “AB ve KKTC Hukuku Açısından Yeşil Hat Tüzüğü,” *Ankara Avrupa Çalışmaları Dergisi*, C. 5, S. 1 (2005), sf. 16.

<sup>27</sup> Igor Taranic, “European Energy Policies and Their Relevance to the Eastern Mediterranean,” *Energy Cooperation and Security in the Eastern Mediterranean: A Seismic Shift Towards Peace or Conflict*, ed. Angelos Giannakopoulos, Research Paper N. 8, 2016, sf. 109. Aslında hidrokarbon yönünden Kıbrıs Adası’nın güneyinde pek fazla bir zenginliğin bulunmadığına ilişkin görüş de vardır. Bu görüşe göre, GKRY’nin adanın güneyinde yapmış olduğu bazı araştırmalarda hidrokarbon yönünden pek umut verici bir durum olmadığı anlaşılmıştır. Ancak Antalya açıklarında hidrokarbonun olduğu düşünülmektedir. Ayrıntılı bilgi için bknz: Doğru, sf. 509.

<sup>28</sup> Simone Tagliapietra, “Will the European Market Need East Mediterranean Gas?” *Energy Cooperation and Security in the Eastern Mediterranean: A Seismic Shift Towards Peace or Conflict*, ed. Angelos Giannakopoulos, Research Paper N. 8, 2016, sf. 106.



rupa Birliği'nde doğal gaz konusunda duyulan yoğun ihtiyacı karşılamak ve başta Rusya'ya olmak üzere, dışa karşı olan bağlılığı bitirme arzusunun da etkisiyle<sup>29</sup>, Kıbrıs etrafında da bulunan Doğu Akdeniz'deki doğal gaz değer kazanmaktadır. Bu nedenlerle söz konusu doğal kaynakların kimin deniz alanında olduğuna ve bunların nasıl çıkarılacağına ilişkin tartışma yaşanmaktadır<sup>30</sup>.

Sorun Türkiye açısından ele alındığında, Doğu Akdeniz'deki kıta sahanlığı ve münhasır ekonomik bölge sınırlandırılması aslında farklı üç coğrafi alan açısından ortaya çıkmaktadır. Buna göre, birinci bölgede Türkiye, Suriye<sup>31</sup> ve KKTC sahilleri bulunmaktadır. İkinci bölgede ise, Türkiye ve KKTC'nin sahillerinin olduğu görülmektedir<sup>32</sup>. Üçüncü bölgede ise Türkiye'nin, Yunanistan'ın, KKTC'nin, GKRY'nin ve Mısır'ın sahilleri vardır. Güncel uyuşmazlığın en çok yaşandığı bölge ise, bu üçüncü bölgedir<sup>33</sup>. Üçüncü bölgeye ilişkin olarak Yunanistan, Türkiye'ye en yakın Yunan adaları ile Türk anakarası arasında sınırlandırma yapılmasını istemektedir. Ancak bunun gerçekleşmesi durumunda, Türkiye'nin Doğu Akdeniz'de sadece Antalya Körfezi açıklarında, oldukça dar bir deniz alanında egemenlik kullanabilmesi söz konusu olacaktır<sup>34</sup>.

---

<sup>29</sup> Tagliapietra, sf. 97-100.

<sup>30</sup> Emre İşeri ve Ahmet Çağrı Bartan, "Turkey's Geostrategic Vision and Energy Concerns in the Eastern Mediterranean Security Architecture: A View From Ankara," *The New Geopolitics of the Eastern Mediterranean: Trilateral Partnerships and Regional Security*, ed. Zenonas Tziarras, Re-imagining the Eastern Mediterranean Series: PCC Report, 3, Lefkoşa, PRIO Kıbrıs Merkezi, 2019, sf. 114.

<sup>31</sup> Suriye'nin 2003 yılında 12 millik karasuları, 24 millik bitişik bölge ve 200 millik münhasır ekonomik bölge ilan ettiği görülmektedir. 2011 yılına gelindiğinde ise, petrol ve doğalgaz arama çalışmalarına izni vermiştir. Bu izin verilen alanlardan bir kısmının Türkiye'nin deniz yetki alanına girdiği iddia edilmektedir. Kütükçü ve Kaya, sf. 91.

<sup>32</sup> Doğru, sf. 542-544. İlk iki bölgeye ilişkin olarak güncel pek bir sorun yaşanmamaktadır. Zaten Türkiye ile KKTC arasında yapılan Kıta Sahanlığı Sınırlandırma Andlaşması bu bölgeye ilişkin sorunları iki devlet açısından önlemeye yöneliktir. Yusuf Aksar, "Uluslararası Hukukta Deniz Alanlarının Sınırlandırılması: Doğu Akdeniz Uyuşmazlığı," 21. Yüzyılda Sosyal Bilimler, S. 2 (2013), sf. 227.

<sup>33</sup> Aksar, sf. 230.

<sup>34</sup> Aksar, sf. 231.

GKRY, Annan Planı ile ilgili görüşmeler sürerken, kendi iç hukukunda karasularının ölçüldüğü esas çizgiden itibaren 24 millik bir bitişik bölge ve 200 millik bir münhasır ekonomik bölge ilan etmiştir<sup>35</sup>. GKRY, 2003 yılında Mısır ile bir münhasır ekonomik bölge sınırlandırılmasına ilişkin bir uluslararası andlaşma yapmıştır<sup>36</sup>. Ancak bu andlaşma doğrultusunda münhasır ekonomik bölgeler ilan edildiğinde, Mısır'ın GKRY'ye göre daha dezavantajlı bir alana hakim olacağı anlaşılmıştır. Mısır bu nedenle andlaşmayı feshetmek istemiş olsa da, GKRY bu andlaşmanın tek taraflı fesih yöntemiyle sona erdirilemeyeceğini savunmuştur<sup>37</sup>.

GKRY yukarıda anılan andlaşma doğrultusunda 2 Nisan 2004 tarihinde münhasır ekonomik bölge ilanında bulunmuş, bunun 21 Mart 2003 tarihinden itibaren geçerli olduğunu bildirmiştir<sup>38</sup>. GKRY, bu anlaşmada ve bölgeye ilişkin yaptığı diğer andlaşmalarda, bölge devleti olan Türkiye'nin haklarını göz önünde bulundurmamıştır<sup>39</sup>.

GKRY Mısır ile yapmış olduğu andlaşmanın ardından, Lübnan ile 2007<sup>40</sup>, İsrail ile 2011'de yine andlaşmalar yapmış, bu çerçevede Kıb-

<sup>35</sup> Kudret Özersay, "Annan Planı ve Federal Yasaları Çerçevesinde Doğu Akdeniz Deniz Yetki Alanları," Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, C. 59, S. 3 (2004), sf. 226-227. BMDHS'nin 33. maddesine göre bitişik bölge, karasularına bitişik olan deniz alanına işaret etmektedir ve bu alan 24 mili aşmamaktadır. Karasuları, tıpkı iç sular gibi, devletlerin tam egemenliğine tabidir. Bozkurt, sf. 50. BMDHS'nin 57. maddesine göre ise münhasır ekonomik bölge karasularının ölçüldüğü esas hattan itibaren 200 milin ötesine geçemeyecektir.

<sup>36</sup> Türkiye Cumhuriyeti Dışişleri Bakanlığı, No: 18, Güney Kıbrıs Rum Yönetimi'nin Doğu Akdeniz'deki Ülkelerle Deniz Yetki Alanlarını İlgilendiren İkili Anlaşmalar Yapma Gayretlerine İlişkin Dışişleri Bakanlığı Basın Açıklaması, 30 Ocak 2007, [http://www.mfagov.tr/no\\_18--30-ocak-2007\\_-guney-kibris-rum-yonetimi\\_nin-dogu-akdeniz\\_deki-ulkelerle-deniz-yetki-alarlarini-igilendiren-ikili-anlasmalar-yapma-gayretlerini-hk\\_-tr.mfa](http://www.mfagov.tr/no_18--30-ocak-2007_-guney-kibris-rum-yonetimi_nin-dogu-akdeniz_deki-ulkelerle-deniz-yetki-alarlarini-igilendiren-ikili-anlasmalar-yapma-gayretlerini-hk_-tr.mfa) (Erişim Tarihi: 31 Mayıs 2020). Mısır, İskenderiye limanındaki deniz ülkesinde keşfedilen gazın ardından Kuzey Afrika'da Cezayir'den sonra en önemli ikinci gaz kaynağı haline gelmiş, bölgedeki enerji denkleminde söz sahibi bir aktör konumuna yükselmiştir. Anais Antreasyan, "Gas Finds in the Eastern Mediterranean: Gaza, Israel and Other Conflicts," *Journal of Palestine Studies*, C. 42, S. 3 (2013), 37.

<sup>37</sup> Kütükçü ve Kaya, sf. 91.

<sup>38</sup> Yaycı, sf. 17.

<sup>39</sup> Öztürk ve Başeren, sf. 79.

<sup>40</sup> Lübnan Doğu Akdeniz'de bulunan gaz aracılığıyla alternatif enerji kaynağı elde edip, bu alanda dışa bağımlılığını azaltma amacı güden bir devlettir. Dilek Kalaycı, "The Cyprus conflict: Searching for a Solution to the Dispute over Exclusive Eco-

rıslı Türklerin haklarını gözettiği yönünde tatminkâr bir açıklamada bulunmamıştır<sup>41</sup>. Bu andlaşmalar sonrasında GKRY'nin ilan ettiği münhasır ekonomik bölge parsellere ayrılmış ve burada çeşitli doğal kaynaklarda sondaj çalışmaları başlamıştır<sup>42</sup>.

GKRY ile İsrail arasındaki duruma bir parantez açarak, iki devletin ilişkilerinin son yıllarda daha da ileri bir boyuta ulaştığını belirtmekte fayda vardır. İsrail Mısır'dan çok büyük oranda gaz satın almakta, ancak Mısır halkının tabanı buna muhalefet etmekte ve Mısır'ın bu alışverişte sömürüldüğüne inanmaktaydı<sup>43</sup>. 2011 yılında Mısır'da yaşanan devrimin ardından, buradan elde ettiği gaz miktarı çok kısıtlanan İsrail, alternatif kaynaklar aramaya başlamıştır. Kendi münhasır ekonomik bölgesinde de doğal kaynakların bulunduğu ortaya çıkınca, GKRY ile aralarında yoğun bir işbirliği gelişmiştir<sup>44</sup>. Bu gelişmenin ardından da GKRY ile Doğu Akdeniz'deki doğal kaynakların araştırılması ve sondajı konusundaki işbirliğini geliştirmiştir<sup>45</sup>. Hatta aralarındaki işbirliği daha geniş boyutlardadır: İsrail GKRY'nin uçuş bilgi bölgesini (*flight information region*) askeri amaçlarla da kullanmaktadır<sup>46</sup>. Doğu Akdeniz'deki doğal gaz ve diğer maden arayış-

---

conomic Zone in the Mediterranean Sea," International Congress on Business and Marketing, 2019, sf. 222. İsrail'in Lübnan ile olan deniz alanlarının sınırına ilişkin de uyumsuzluğu bulunmakta, iki devletin deniz alanları sınırı BM tarafından gözlenmektedir. Hana Krhovska, "Conflict Resolution in the Disputes over Resources in the Eastern Mediterranean: The Case of Israel and Lebanon," Masaryk Üniversitesi Sosyal Bilimler Fakültesi Güvenlik ve Stateji Çalışmaları Anabilim Dalı, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2014, sf. 36. İki devlet aralarında sorunu BMDHS'in 15. bölümü çerçevesinde öngörülen şekillerde çözmesi söz konusu olabilirdi, ancak İsrail BMDHS'yi onaylamamış ve dolayısıyla bu sözleşmeye taraf olmamıştır. Yargı yetkisini kabul etmeleri halinde Uluslararası Adalet Divanı'na ya da tahkime götürerek aralarındaki uyumsuzluğu çözmeleri hala söz konusu olabilmektedir. Krhovska, sf. 44-45.

<sup>41</sup> Enes Güzel, "Turkey and the Energy Equation in the Eastern Mediterranean," TRTWORLD Research Centre, Ağustos 2019, sf. 6.

<sup>42</sup> Ioannis Grigoriadis, Energy Discoveries in the Eastern Mediterranean: Conflict of Cooperation?," Middle East Policy, C. 21, S. 3 (2014), sf. 125.

<sup>43</sup> Antreasyan, sf. 38.

<sup>44</sup> Grigoriadis, sf. 125.

<sup>45</sup> Antreasyan, sf. 34.

<sup>46</sup> Constantinos Adamides ve Odysseas Christou, "Can Resolving Cyprus Hold the Key to Regional Energy Cooperation?," Turkish Policy Quarterly, C. 15, S. 2 (2016), sf. 88.

ları doğrultusunda GKRY'nin münhasır ekonomik bölgesinden elde ettikleri doğal kaynaklardan elde edilen zenginliğin %30'unun GKRY'nin, kalanının da İsrail kökenli şirketlerin olacağına karar verilmiştir<sup>47</sup>. 1994 tarihli Gazze-Jericho Andlaşması'nın Filistin'in yetkisinde olduğunu düzenlediği<sup>48</sup> deniz alanında da keşfedilen doğal kaynakların olduğu<sup>49</sup>, ancak Filistin'e İsrail'in uyguladığı ambargolar ve abluka nedeniyle bunların değerlendirilemediği de iddia edilmektedir<sup>50</sup>.

Kıbrıs Adası'na yakın diğer bölge devletleri dışında, Yunanistan, Amerika Birleşik Devletleri, İtalya ve Fransa gibi devletlerde kurulan şirketler de, GKRY'yle yapmış oldukları çeşitli işbirlikleri doğrultusunda, bölgedeki arama çalışmalarına katılmıştır<sup>51</sup>. Bölgede çeşitli işbirliği mekanizmaları kurulmuş, "Doğu Akdeniz Gaz Forumu" gibi oluşumlar gerçekleştirmiş ve GKRY'nin 13 arama sahasına ilişkin olarak verdiği izinlerle, Akdeniz'de çeşitli doğal kaynak arama ve sondaj faaliyetleri başlamıştır<sup>52</sup>.

<sup>47</sup> Kalaycı, sf. 220-221.

<sup>48</sup> Agreement on the Gaza Strip and the Jericho Area, [https://peacemaker.un.org/sites/peacemaker.un.org/files/IL%20PS%20940504\\_Agreement%20on%20the%20Gaza%20Strip%20and%20the%20Jericho%20Area%20%28Cairo%20Agreement%29.pdf](https://peacemaker.un.org/sites/peacemaker.un.org/files/IL%20PS%20940504_Agreement%20on%20the%20Gaza%20Strip%20and%20the%20Jericho%20Area%20%28Cairo%20Agreement%29.pdf) (Erişim Tarihi: 7 Ağustos 2020).

<sup>49</sup> Krhovska, sf. 33.

<sup>50</sup> Antreasyan, sf. 29. İsrail, Filistin'in egemen bir devlet olmadığını, bu nedenle söz konusu doğal kaynakları kendisinin araştırıp çıkarması gerektiğini iddia etmiştir. Oysa bugün Filistin'in devlet olarak kabul gördüğü hem doktrinde, hem de *soft-law* etkisi yaratma gücü yüksek BM Genel Kurulu'nun bir kararında vurgulanan bir durumdur. John Quigley, "Palestine is a State: A Horse with Black and White Stripes is a Zebra," Michigan Journal of International Law, C. 32, S. 4 (2011), sf. 753-754. Ayrıca bkz: BM Genel Kurulu, Palestinian Participation in the Work of the UN- and Foreign Ministry Reaction başlıklı, 7 Temmuz 1998 tarihli, 52/250 numaralı kararının İngilizce metni için bkz: <https://mfa.gov.il/MFA/ForeignPolicy/MFADocuments/Yearbook12/Pages/59%20United%20Nations%20General%20Assembly%20Resolution%202052-2.aspx> (Erişim Tarihi: 7 Ağustos 2020). Ayrıca Gazze-Jericho Andlaşması da İsrail'in kontrol etmek istediği deniz alanlarını Filistin'in egemenliğinde kabul etmiştir. Krhovska, sf. 33.

<sup>51</sup> Tamçelik ve Kurt, sf. 893.

<sup>52</sup> Tuğrul Çam, Türkiye-Libya Anlaşması Türkiye'nin Doğu Akdeniz Politikasında Önemli Kazanım, 3 Aralık 2019, <https://www.aa.com.tr/tr/dunya/turkiye-libya->

GKRY'nin bir sahildar devlet olarak münhasır ekonomik bölge ilan edip, araştırma ve sondaj yapması uluslararası hukuka göre elbette ki uygundur<sup>53</sup>. Bu konuda BMDHS'nin 246. maddesine göre diğer devletlerle bilimsel araştırmalar yapmaları da mümkündür. Ayrıca 56. maddeye göre de, canlı veya cansız kaynakların araştırılması ve işlenmesi de hukukidir. Öte yandan, bu çalışmada ele alınan deniz alanının sınırlandırılmasına ilişkin büyük bir anlaşmazlık yaşanmaktadır.

Bilindiği gibi uluslararası deniz hukuku kurallarına göre deniz yetki alanları bazı ilkeler göz önünde bulundurularak sınırlandırılmaktadır. Bunlar hakkaniyet, eşit uzaklık, coğrafyanın üstünlüğü, ilgili deniz alanlarının özelliklerinin veya coğrafi durumun şartlarının dikkate alınması, orantılılık ve kapatmama ilkeleridir<sup>54</sup>.

Türkiye'nin Akdeniz'de bu ilkelere aykırı hareket ettiği, uzlaşmaz bir tavır sergilediği veya hakkaniyete aykırı bir durum yaratmaya çalıştığı tespit edilememiştir. Türkiye'nin haklı istekleri, Kıbrıslı Türklerin de Kıbrıs'ın deniz alanındaki kaynaklardan Kıbrıslı Rumlarla birlikte, hakkaniyetle yararlanması ve kendisinin Doğu Akdeniz'deki yetki alanlarının ve buradaki haklarının hakkaniyete uygun bir şekilde gözetilmesidir. Öte yandan, hem Türkiye'nin bölgeden dışlanması, hem de Kıbrıslı Türklerin haklarının korunmaya çalışılmasına ilişkin noktalarda uyuşmazlık yaşanmaktadır<sup>55</sup>. Türkiye'nin talebi, Doğu Akdeniz'deki kıta sahanlığının Anadolu ile Kıbrıs arasında hakkaniyete göre ve orantılı bir şekilde belirlenmesidir<sup>56</sup>. Zaten Uluslararası Adalet Divanı'nın Kuzey Denizi Kıta Sahanlığı Davası'nda verdiği

---

anlasmasi-turkiyenin-dogu-akdeniz-politikasinda-onemli-kazanim/1662097  
(Erişim Tarihi: 28 Mayıs 2020).

<sup>53</sup> Yayıncı, sf. 57.

<sup>54</sup> Uluslararası Adalet Divanı Kuzey Denizi Kıta Sahanlığı Davası (*North Sea Continental Shelf Cases*), 20 Şubat 1969, prgrf. 101. Kararın İngilizce metni için bkz: <https://www.icj-cij.org/files/case-related/51/051-19690220-JUD-01-00-EN.pdf> (Erişim Tarihi: 7 Ağustos 2020). İlgili kavramların açıklaması için bkz: Kütükçü ve Kaya, sf. 86-88.

<sup>55</sup> Kütükçü ve Kaya, sf. 93-94.

<sup>56</sup> Kalaycı, sf. 226.

karara göre hakkaniyet, deniz alanlarının sınırlandırılmasında uygulanacak temel bir ilke haline gelmiştir<sup>57</sup>.

### **III. Unutulmaya Çalışılan Bölgesel Aktörler: KKTC'nin ve Türkiye'nin Doğu Akdeniz'deki Durumları**

Bölgedeki münhasır ekonomik bölge tartışmalarının ve uygulamalarının tarafları olarak göz önünde bulundurulması gereken KKTC ile Türkiye, kendi aralarında yapmış oldukları uluslararası andlaşma doğrultusunda, 12 millik bir karasuları ilan etmişlerdir. 19 Eylül 2011'de GKRY'nin izin vermiş olduğu sondaj çalışmalarının başlamasıyla, KKTC ve Türkiye de harekete geçmiştir<sup>58</sup>. Belirtilmesi gerekir ki, bu iki devlet arasında yapılan söz konusu uluslararası andlaşma, herhangi bir şekilde başka bir sahildevletinin deniz yetki alanını veya egemenlik haklarını ihlal etme niyeti taşımamaktadır. Sadece kendi ülkelerinin karşılıklı deniz alanlarını sınırlandırmak ve buradaki hukuki haklarını meşru bir zemine oturtmak niyetiyle yapılmıştır<sup>59</sup>.

Türkiye'nin bir kurumu olan Petrol İşleri Genel Müdürlüğü, aslında bir kamu iktisadi teşebbüsü olan Türkiye Petrolleri Anonim Ortaklığı'na petrol ve doğal gaz arama ve çıkarma ruhsatları vermiştir<sup>60</sup>. GKRY BM Genel Sekreterliği'ne gönderdiği bir mektupla bu durumu

---

<sup>57</sup> Uluslararası Adalat Divanı, Kuzey Denizi Kıta Sahaneliği Davası (*North Sea Continental Shelf Cases*), prgrf. 93 ve 101.

<sup>58</sup> Aslında Kıbrıslı Türkler, 24 Eylül 2011 ve 29 Eylül 2012 tarihlerinde BM Genel Sekreteri aracılığıyla Kıbrıslı Rumlara doğal kaynakların iki taraf arasında hakkaniyete uygun bir şekilde paylaşılmasına yönelik bir teklifte bulunmuş, ancak GKRY münhasır ekonomik bölgesi olarak ettiği bölgede, diğer devletlere bağlı kurumlarla çalışmalarına devam etmiştir. Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti Dışişleri Bakanlığı, Akdeniz'de Kıta Sahaneliği Sınırlandırması Anlaşması Hakkında Basın Açıklaması, 2 Mayıs 2014, <https://mfa.gov.ct.tr/tr/akdenizde-kita-sahaneligi-sinirlandirmasi-anlasmasi-hakkinda-basin-aciklamasi/> (Erişim Tarihi: 28 Mayıs 2020).

<sup>59</sup> Serkan Küçükuray, Doğu Akdeniz Yetki Alanları Uyuşmazlığı ve Türkiye, Yakın Doğu Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Lefkoşa, 2019, sf. 112.

<sup>60</sup> Türkiye – KKTC Kıta Sahaneliği Sınırlandırma Anlaşması İmzalanmasına İlişkin Dışişleri Bakanlığı Basın Açıklaması, 21 Eylül 2011.

kınamıştır<sup>61</sup>. KKTC Bakanlar Kurulu da, bu teşebbüse 22 Eylül 2011'de gerekli ruhsatı vermiştir<sup>62</sup>. Bu çalışmalar sonucunda herhangi bir doğal kaynak elde edilmesi halinde, paylaşım oranı %50-50 olacaktır. Ancak bu tür çalışmalar, doğaları gereği, bütün bölge devletlerinin ve birçok çok uluslu şirketin uluslararası ortaklıklar eşliğinde sürdürülmesi verimli olmaktadır<sup>63</sup>. KKTC'nin uluslararası hukuk sükeleri tarafından tanınmamış olması, onun deniz yetki alanında çalışmalar yapmak üzere kurulacak ve verimli sonuçlar alınmasını sağlayacak işbirliklerini engellemektedir<sup>64</sup>. Yine de KKTC'nin tanınmamış olması nedeniyle yakın zamana kadar değerlendirilmeyen bu doğal kaynaklarla ilgili arama ve sondaj çalışmaları Türkiye ve KKTC arasındaki işbirliği doğrultusunda başlamıştır<sup>65</sup>.

Türkiye, Fatih, Barbaros Hayrettin Paşa ve Yavuz isimli sondaj gemilerini Kıbrıs açıklarına göndermiş ve bu gemiler, kendilerine ruhsat verilen noktalarda doğalgaz aramalarına başlamıştır<sup>66</sup>. GKRY ve onunla hareket eden diğer devletler, Türkiye tarafından gerçekleştirilen faaliyetlere karşı çıkmaktadır. Türkiye ve KKTC ise kendilerine bölgedeki aktörler değilmiş gibi muamele edilerek geliştirilen fiili durumu kabul etmemektedir. Türkiye'nin ve KKTC'nin bu duruma tepki göstermemesi halinde onların aleyhine önemli sonuçlar doğabi-

<sup>61</sup> BM Genel Kurulu, Letter by Permanent Representative of Cyprus on the Exclusive Economic Zone of the Republic of Cyprus, 19 Haziran 2012 tarihli, A/66/851 sayılı GKRY'nin BM Genel Kurulu'na gönderdiği mektubun İngilizce metni için bkzn: <http://www.cyprusun.org/?p=4728> (Erişim Tarihi: 11 Ağustos 2020).

<sup>62</sup> Yaycı, sf. 34. Türkiye'nin uluslararası topluma kendisinin de Doğu Akdeniz'de petrol ve doğal gaz arama faaliyetlerine başlama planının olduğunu önceden duyurduğu, böylece aslında bölgede KKTC'nin ve Türkiye'nin önemli aktörlerden olduğunu göze ardi edenlere, petrol ve doğal gaz arama faaliyetlerine son vermeleri için çağrıda bulunulmuş olduğu iddia edilmektedir. Küçükcuray, sf. 109.

<sup>63</sup> Adamides ve Christou, sf. 93.

<sup>64</sup> Kütükçü ve Kaya, sf. 92-93.

<sup>65</sup> Krhovska, sf. 32.

<sup>66</sup> "Doğu Akdeniz-Kıbrıs Açıklarında Doğalgaz Arama Krizi Nasıl Başladı, Hangi Ülke Ne İstiyor?," <https://www.bbc.com/turkce/haberler-dunya-48225246> (Erişim Tarihi: 29 Mayıs 2020). Güncel bir gelişme olarak Türkiye, Oruç Reis, Ataman ve Cengiz Han isimli gemilerle de bölgedeki yeni bazı noktalarda da doğalgaz arama çalışmalarını sürdüreceğini açıklamıştır. "Türkiye Akdeniz'de NAVTEX İlan Etti," <https://www.vekibris.com/turkiye-akdenizde-navtex-ilan-etti/> (Erişim Tarihi: 10 Ağustos 2020).

lecektir. Örneğin, Türkiye'nin Akdeniz'de çok dar bir deniz alanına hapsolacağı açıkken, KKTC'de yaşayan halkın bölgedeki doğal zenginliklerden payını alamayacak olması endişesi yaşanmaktadır<sup>67</sup>.

Türkiye'nin Akdeniz'de dar bir alana hapsedilmesi, onun bölgedeki canlı kaynaklardan yararlanamaması ve bölgede sadece dar bir deniz alanında egemenlik haklarını kullanabilmesi sonucunu doğuracaktır. Ayrıca Türkiye elde edilecek olan doğal kaynakların başka devletlere aktarılmasında kullanılmak üzere coğrafi olarak çok elverişli bir konuma sahiptir. Bölgede söz söyleme hakkına sahip aktörlerden birisi haline gelememesi, bu aktarmanın Türkiye üzerinden yapılması yerine<sup>68</sup>, Girit üzerinden Avrupa'ya ulaştırılması sonucunu doğurabilecektir<sup>69</sup>. Bu durum ise, Türkiye'nin bölgedeki etkinliğini son derece kısıtlı bir hale getirecek olup, Türkiye'nin siyasi ve ekonomik çıkarlarına da aykırıdır.

GKRY, Akdeniz'de KKTC ve Türkiye işbirliğinde yapılan girişimleri, kendi münhasır ekonomik bölgesindeki egemenlik haklarının ihlali olarak kabul etmektedir<sup>70</sup>. Akdeniz'deki deniz alanlarının paylaşılması konusunda hangi bölgenin kime ait olduğuyla ilgili Türkiye'nin de dâhil olduğu bir uzlaşma bulunmamaktadır. O nedenle kimi zaman aynı noktaya ilişkin farklı egemenlik hakkı iddiaları söz konusu olmakta, gemileri taciz etme gibi olaylar yaşanabilmektedir<sup>71</sup>. Örneğin GKRY'nin çalışmalar için izin verdiği alanların bir bölümü, KKTC ile Türkiye'nin de çalışmalar yapmak üzere uzlaştığı bölümlerle çakışmaktadır<sup>72</sup>. Ek olarak, bir kısım deniz alanı üzerinde Türkiye kıta sahanlığına ilişkin iddiada bulunurken, GKRY ise aynı alanın kendi münhasır ekonomik bölgesine girdiğini ileri sürmekte, Türkiye'nin kabul ettiğiğinden daha geniş bir münhasır ekonomik bölgesinin bulunduğu fikri

<sup>67</sup> Tamçelik ve Kurt, sf. 899.

<sup>68</sup> Grigoriadis, sf. 126.

<sup>69</sup> Tamçelik ve Kurt, sf. 900. Bulunan gazın diğer ülkelere aktarılması için muhtemel diğer yollar için bkz: İşeri ve Bartan, sf. 117.

<sup>70</sup> Tamçelik ve Kurt, sf. 883.

<sup>71</sup> İşeri ve Bartan, sf. 111. Konuyu özetleyen bir harita için bkz: Güzel, sf. 6.

<sup>72</sup> Dalar, sf. 167. Benzer bir durum 1970'li yılların arasında Ege Denizi'ne ilişkin olarak Yunanistan ile Türkiye arasında yine yaşanmıştı. Doğru, sf. 226.



üzerinde ısrar etmektedir<sup>73</sup>. Bu durumun nasıl çözüleceği ise meçhuldür. Çünkü GKRY KKTC'yi bir devlet olarak tanımamakta, Türkiye de GKRY'ni onun var olduğunu iddia ettiği şekilde, yani adanın bütününde egemenlik hakkına sahip bir devlet olarak, tanımamaktadır<sup>74</sup>.

Bu çalışmada anılan deniz alanlarına ilişkin uyuşmazlıkların, BMDHS'nin çeşitli noktalarda uyuşmazlık yaşanmasına ilişkin olarak işaret edildiği gibi, bir uluslararası andlaşma ile çözülmesi, en uygun yöntem olarak akla gelmektedir. Aslında GKRY'nin iç hukukunda da bu tür uyuşmazlıklara ilişkin olarak andlaşma yapma yöntemi önerilmektedir<sup>75</sup>. Ancak mevcut siyasi durumda tarafların birbirlerini tanımama politikası nedeniyle, uyuşmazlık taraflarının ortak bir noktada uzlaşarak bu yöntemi denemesi pek mümkün gözükmemektedir. Oysa uluslararası hukukta uyuşmazlıkların barışçıl çözülmesi için tarafların en azından diplomasi görüşmelerinde bulunmaları gerektiğine dair bir uluslararası yapılageliş kuralı da oluşmuştur<sup>76</sup>; ancak, taraflar bu yükümlülüklerini yerine getirmemektedir. GKRY'nin KKTC'yi tanınması sonucunu doğuracak bir andlaşma ilişkisi kurmaktan kaçınacağı da kesindir. Aynı şey, Türkiye'nin GKRY'ni tanımama iradesi için de söz konusu olacaktır.

Kıbrıslı Rumlar tarafından reddedildiği için yürürlüğe giremeye de, eski BM Genel Sekreteri de olan Kofi Annan tarafından hazırlanan ve adadaki fiili ve hukuki sorunlara çözüm bulmayı amaçlayan Annan Planı vardı. Bu plan da adanın kara ülkesi dışındaki alanlarda egemenlik yetkilerinin kullanılmasının özellik arz eden bir durum olduğunu kabul etmişti<sup>77</sup>. Annan Planı şu anda yürürlükte olan bir metin veya bağlayıcılığı bulunan herhangi bir uluslararası hukuk belgesi değildir. Ancak Kıbrıslı Türklerin de Kıbrıs'a ait deniz alanında hak

---

<sup>73</sup> Krhovska, sf. 33.

<sup>74</sup> Grigoriadis, sf. 127.

<sup>75</sup> Özersay, sf. 228.

<sup>76</sup> Pazarıcı, sf. 490. BMDHS'nin 279. maddesi de BM Andlaşması'na atıf yaparak, uyuşmazlıkların bu andlaşmada öngörüldüğü gibi barışçıl yöntemlerle çözülmesi gerekliliğini hüküm altına almış, ayrıca 286. maddesi ve devamında da BM Deniz Hukuku Mahkemesi'nin kurulmasını düzenlemiştir.

<sup>77</sup> Özersay, sf. 204.

sahibi olduklarını kabul eden ve bu konuda en azından BM'nin tutumunu gösteren bir belgedir. Bu noktada, onun da ilgili maddesine değinmekte yarar vardır.

Annan Planı'nın 1. Ek (*Annex I*), 25. maddesinde yer alan düzenlemeye göre, uzay alanı, kıta sahanlığı, karasuları ve bitişik bölge ilana ilişkin durumlarda yapılacak olan uluslararası andlaşmalarda ve kabul edilecek olan iç hukuk normlarında, milletvekillerinin basit çoğunluğunun oyunun aranması yanında, kurucu devletlerin senatörlerinin en az beşte ikisinin de çoğunluğu özel olarak aranmıştır<sup>78</sup>. Özet olarak, GKRY'nin yasa ve andlaşma taslaklarının iç hukukta bağlayıcı olabilmesi için, Kıbrıslı Türk senatörlerinin de olumlu oyu gerekecekti<sup>79</sup>. Görüldüğü gibi BM Genel Sekreteri tarafından hazırlanan Annan Planı da, bölgedeki deniz alanı paylaşımına ve Kıbrıslı Türklerin bu konudaki haklarına duyarlıydı.

Doğu Akdeniz'deki deniz alanlarının sınırlandırmak ve doğal kaynaklardan faydalanacak girişimlerde bulunmak isteyen Kıbrıslı Rumların, Annan Planı'nda da benimsenen tarzda bir yaklaşım benimsemesi ve Kıbrıslı Türklerin hakkını da göz önünde bulundurması, hakkaniyete en uygun yöntem olacaktır. Çünkü Annan Planı'nın bu noktada iki tarafı da gözettiği açıktır. GKRY'nin şimdiki Cumhurbaşkanı Nikos Anastasiadis, Annan Planı'na destek veren bir siyasi liderdi. Bu durumda, Annan Planı'nın denizlerdeki doğal kaynaklar üzerindeki haklarına duyarsız olmaması anlayışını benimsemiş olmalıdır<sup>80</sup>.

Kıbrıs Adası ile ilgili sorunlardan en temeli olan adadaki bölünmüşlük durumu nasıl sonuçlanırsa sonuçlansın, Kıbrıslı Türklerin Kıbrıs'ın halklarından olduğu, bu nedenle de adanın doğal kaynakları üzerinde kendi kaderini tayin etme hakkına sahip oldukları unutul-

---

<sup>78</sup> 24 Nisan 2004 tarihinde Kıbrıs Adası'nın kuzeyinde ve güneyinde yapılan referandumda, Kıbrıslı Türklerin %64,91 oranında kabul ettiği, ancak Kıbrıslı Rumların %75,38 oranında reddettiği, bu nedenle de hayata geçmeyen Annan Planı'nın metni için bknz: <https://web.archive.org/web/20120328062304/http://www.zypern.cc/extras/annan-plan-for-cyprus-2004.pdf> (Erişim Tarihi: 1 Haziran 2020).

<sup>79</sup> Özersay, sf. 206.

<sup>80</sup> Grigoriadis, sf. 128.

mamalıdır<sup>81</sup>. Kıbrıslı Rumların hala devam ettiğini öne sürdükleri 1960 yılında kurulan GKRY'nin kurucu belgelerine göre de, Kıbrıslı Türkler devletin kurucu halklarından. Şöyle ki, 1960 Kıbrıs Cumhuriyeti Anayasası'nın<sup>82</sup> ikinci maddesi, Cumhuriyetin vatandaşlarının Kıbrıslı Türk veya Kıbrıslı Rum toplumlarından birisine dâhil olmalarını zorunlu kılmaktadır. Demek ki, Kıbrıslı Türkler de adadaki yerli halklardan birisidir. Bu nedenle Kıbrıs ile bağlantılı doğal kaynaklardan elde edilecek zenginlikte, onların bölgedeki gelişmeler hakkında konuşması gereken yerli halklardan olması gerektiği göz ardı edilmemelidir<sup>83</sup>.

Kıbrıslı Türkler KKTC'yi ilan ederek, GKRY'nin münhasır egemenlik bölgesinde kalan bölgedeki doğal kaynaklar üzerinde hak iddia edemeyeceğini kabullenmiştir<sup>84</sup>. Sorun, Doğu Akdeniz'deki deniz yetki alanlarına ilişkin paylaşımında Türkiye'nin ve Kıbrıslı Türklerin yok sayılması, hak sahibi aktörler olarak görülmemesidir. Türkiye konuyla ilgili iddialarında ve itirazlarında Kıbrıslı Türklerin ve Kıbrıslı Rumların eşit söz hakkı olması gerektiğini belirtmiş, kendisinin de denize kıyısı olan bir bölge devleti olarak hak sahibi olduğunu bildirmiştir. GKRY'nin münhasır ekonomik bölge ilanını ve bölgede yaptığı arama ve sondaj çalışmalarını BM'ye gönderdiği mektuplarla kınamıştır<sup>85</sup>. Türkiye bu tavrında ve itirazlarında ise uyuşmazlıkla ilgili olarak bir tarafa ayrıcalık tanınmasını savunmamıştır<sup>86</sup>.

---

<sup>81</sup> Kendi kaderini tayin etme hakkının ekonomik boyutu ve doğal kaynaklarla ilişkisi için bkz: Yaşar Ehtibarlı, "Uluslararası Hukukta Self Determinasyon Hakkı ve Hakkın Ekonomik Boyutu," Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı Yayınlanmamış Doktora Tezi, 2016, sf. 244-265.

<sup>82</sup> 1960 Kıbrıs Cumhuriyeti Anayasası'nın Türkçe metni için bkz: [http://www.parliament.cy/images/media/assetfile/Syntagma\\_TU.pdf](http://www.parliament.cy/images/media/assetfile/Syntagma_TU.pdf) (Erişim Tarihi: 3 Haziran 2020).

<sup>83</sup> İşeri ve Bartan, sf. 119.

<sup>84</sup> Grigoriadis, sf. 128.

<sup>85</sup> BM Güvenlik Konseyi, Letter dated 16 August 2011 from the Permanent Representative of Turkey to the United Nations addressed to the Secretary-General, 22 Ağustos 2011 tarihli, A/65/934-S/2011/526 sayılı, Türkiye'nin BM Genel Sekreterliği'ne gönderdiği mektubun İngilizce metni için bkz: <https://digitallibrary.un.org/record/709500> (Erişim Tarihi: 11 Ağustos 2020).

<sup>86</sup> Güzel, sf. 9. Türkiye'nin bu iddialarını dile getirirken şiddete dayalı herhangi bir tavrının olmadığı herkesçe belirtilmektedir. Grigoriadis, sf. 128.

GKRY KKTC'yi kendi ülkesine dâhil olan, ancak fiilen 'işgal edilmiş' bir bölge olarak kabul etmektedir<sup>87</sup>. Dolayısıyla, GKRY'ye göre, aslında Türkiye'nin KKTC'yle gerçekleştirdiği faaliyetleri, GKRY'nin izni olmadığı için, uluslararası hukuka aykırı olup, onun kara ülkesindeki, hava ülkesindeki ve karasularındaki egemenliğini 'işgalci güç' olarak ihlal etmektedir<sup>88</sup>. Zaten GKRY münhasır ekonomik bölge ve petrol ve gaz arama çalışmalarıyla ilgili andlaşma ve izin işlemlerinde, Kıbrıs'ın ve burada yaşayan nüfusun tamamını uluslararası hukukta temsil ediyormuş gibi davranmıştır<sup>89</sup>. *Anastasiadis*, Türkiye'nin GKRY'ye ait olan münhasır ekonomik bölgede faaliyetlerine devam etmesi halinde, Kıbrıslı Türkler ve Kıbrıslı Rumlar arasında yapılan ve adada bir çözüme ulaşmayı hedefleyen görüşmelerin tekrar başlamasının mümkün olmayacağını da bir açıklamasında belirterek, Türkiye'nin bölgedeki faaliyetlerini onaylamadığını bir kere daha ortaya koymuştur<sup>90</sup>.

Türkiye dışındaki bütün uluslararası hukuk sükelerinin Kıbrıs Adasında şu anda Kıbrıslı Rumların oluşturduğu GKRY'yi adanın tamamını temsil etmeye yetkili sükje olarak kabul ettiği bir gerçektir. Ancak öte yandan, adanın kuzeyinde, tanınmamış da olsa, fiilen farklı bir devlet kurulmuştur ve GKRY bu bölgede etkili otorite değildir. Böyle bir 'entite' yokmuş gibi hareket etmenin, Kıbrıs'ta yerli halklardan olan Kıbrıslı Türklerin yaşadığı bölgenin bir parçası olan deniz ülkesi üzerinde kendi kaderini tayin etme hakkına aykırı bir tutum olacağı ihtimali de göz önünde bulundurulmalıdır<sup>91</sup>. Zaten kendi kaderini tayin etme hakkının doğal kaynakları ve zenginlikleri de kapsadı-

---

<sup>87</sup> Filis ve Leal-Arcas, sf. 17.

<sup>88</sup> Kalaycı, sf. 219.

<sup>89</sup> Küçüküray, sf. 120-121.

<sup>90</sup> "Anastasiadis: Bundan Böyle Geçiş Kapılarından Geçen Herkes Kayıt Altına Alınacak," 7 Haziran 2020, <https://www.vekibris.com/anastasiadis-bundan-boyle-gecis-kapilarindan-gecen-herkes-kayit-altina-alinacak/> (Erişim Tarihi: 8 Haziran 2020).

<sup>91</sup> Dalar, sf. 167.

ğı günümüzde kabul edilmektedir<sup>92</sup>. O halde Doğu Akdeniz'deki doğal zenginliklerden KKTC'de yaşayan halkın faydalandırılmaması, bu halkın halkların doğal kaynaklar ve zenginlikler üzerindeki kendi kaderini tayin etme hakkına aykırılık oluşturulmaktadır<sup>93</sup>. Halkların doğal kaynaklar üzerindeki daimi egemenlik hakkının kendi kaderini tayin etme hakkına dâhil olduğu ve saygı duyulması gerektiği BM Genel Kurulu'nun kabul ettiği bir kararında da net bir şekilde ortaya konulmuştur<sup>94</sup>.

Türkiye Yunanistan ve GKRY ile yaşadığı sorunlarında, hem BMDHS'ye taraf olmama, hem de deniz alanlarına ilişkin Yunanistan'ın da ona dayatmaya çalıştığı maksimum sınırlar husularındaki uluslararası yapılageliş kurallarının kendisine uygulanmaması için ısrarlı itirazcı olma iradesini katı bir şekilde sürdürmektedir. BMDHS hükümleri, hem buna taraf olmadığı, hem de ilgili uluslararası yapılageliş kurallarına karşı ısrarlı itirazcı konumunu sürdürdüğü için, Türkiye'ye karşı ileri sürülemeyecektir<sup>95</sup>. Aktarılanlar ışığında esas olanın, karşılıklı çıkarların korunduğu bir andlaşma çerçevesinde durumun çözüme kavuşturulması olduğu açıktır<sup>96</sup>. Belirtildiği gibi, Türkiye herhangi bir uzlaşmaya ya da barışçıl çözüme karşı olumsuz bir irade

<sup>92</sup> Füsün Arsava, "Halkların Kendi Kaderini Tayin Etme Hakkının Tarihçesi ve Günümüzde Getirdiği Problemler," Prof. Dr. Aydın Zevkliler'e Armağan, Yaşar Üniversitesi Elektronik Dergisi, C. 8, Özel Sayı (2013), sf. 387.

<sup>93</sup> KKTC Başbakanlık Basın Açıklaması, 13 Nisan 2017, <http://basbakanlik.gov.ct.tr/BASIN-VE-HALKLA-%C4%B0L%C4%B0C5%9EK%C4%B0LER/BASIN-A%C3%87IKLAMALARI/ArtMID/3765/ArticleID/3461/Ba%C5%9Fbakan-214zg252rg252n-%E2%80%9CK%C4%B1br%C4%B1s-T252rk-halk%C4%B1n%C4%B1n-kendi-kaderini-tayin-etme-hakk%C4%B1-var-Bu-%C4%B0ngiltere-parlamentosunda-bile-ortaya-konmu%C5%9Ftur%E2%80%9D> (Erişim Tarihi: 6 Ağustos 2020).

<sup>94</sup> BM Genel Kurulu'nun 21 Aralık 1952 tarihli, 1803(XVII) sayılı kararının İngilizce metni için bkz: <https://www.ohchr.org/EN/ProfessionalInterest/Pages/NaturalResources.aspx> (Erişim Tarihi: 7 Ağustos 2020).

<sup>95</sup> Gündüzler, sf. 63-64.

<sup>96</sup> Rainer Lagoni, "Interim Measures Pending Maritime Delimitation Agreements," The American Journal of International Agreements, C. 78, S. 2 (1984), sf. 348.

göstermemektedir. Aksine, Akdeniz'de yapılacak uluslararası bilimsel çalışmaları desteklemektedir<sup>97</sup>.

Devletlerin uluslararası uyuşmazlıklarını çözmeye çalışırken iyi niyet çerçevesinde hareket etmelerinin uluslararası hukuk bakımından çok önemli olduğu belirtilmektedir. Bir uyuşmazlığın çözümünde bölge devletlerinin haklarının tehlikede olması halinde, bu ilgili bölge devletlerinin rızasının da alınması bir uluslararası yapılageliş hukuku kuralıdır. Bu kapsamda, deniz alanı sınırlandırmalarında da uyuşmazlık yaşayan tarafların, anılan yapılageliş hukuku kuralına dikkat etmesi gerekmektedir<sup>98</sup>. Türkiye'nin rızasından bağımsız bir şekilde Doğu Akdeniz'deki yetki alanlarını düzenlemeye çalışan devletlerin, buna dikkat etmesi gerekecektir.

Mevcut şartlar ve Kıbrıs'taki fiili bölünmüşlük durumu sürerken en uygunu, bölge devletlerinin iki taraflı andlaşmalar yapmak yerine, Doğu Akdeniz'deki sorunu herkesin iradesinin olduğu ve bölgede hakkaniyetli bir deniz alanı rejimi yaratan çok taraflı bir uluslararası andlaşma çerçevesinde çözüm bulmak gibi gözükmektedir. Ayrıca Türkiye'nin BMDHS'ye taraf olmamasının, onun haklarının gözetilmesini gerektirmediği ortadadır<sup>99</sup>.

Akla gelen bir diğer ihtimal ise, Kıbrıs etrafında bulunan doğal zenginliklerden faydalanmayı beklemek için, bu doğal zenginliklerde hakkı bulunan Kıbrıslı Türkler ve Kıbrıslı Rumlar arasında gerçekleştirilen görüşmelerin tamamlanması ve adada uluslararası toplumun

---

<sup>97</sup> Öztürk ve Başeren, sf. 81. Münhasır ekonomik bölge sınırlandırılmasının bir uluslararası andlaşma ile yapılmasını öngören BMDHS 74. maddesinin de Yunanistan, GKRY ve diğer sözleşme tarafı devletlerce göz önünde bulundurulması gerektiği unutulmamalıdır. Bu madde gereğince söz konusu andlaşma yapılana kadar taraf devletlerin anlayış ve işbirliği içinde, nihai andlaşmayı mümkün kılacak şekilde davranmaları gerekmektedir. Türkiye'yi bu paylaşımın dışında tutmak isteyen devletler, kendileri açısından bağlayıcı olan BMDHS'nin 74. maddesini unutmamalıdır. Lagoni, sf. 348-349.

<sup>98</sup> Lagoni, sf. 355.

<sup>99</sup> Kütükçü ve Kaya, sf. 82. Ayrıca bknz: Kalaycı, sf. 224.

tamamının onayladığı, BM'nin de uygun bulduğu bir çözüme ulaşılmasının beklenmesidir<sup>100</sup>.

## **Sonuç**

Görünen odur ki günümüzde deniz alanları devletlerin en az kara ülkeleri kadar önem verdikleri ülke parçaları haline gelmiştir. Denizdeki cansız ve burada yaşayan canlı kaynakların ekonomik getirisi ve deniz alanlarının stratejik önemi, devletler arasında kimi zaman uyuşmazlığa neden olmaktadır. Çalışmada sıkça anılan BMDHS, karasuları, münhasır ekonomik bölge, kıta sahanlığı, bitişik bölge ve açık deniz alanları gibi alanlarda uygulanacak olan kurallarına değinilmiştir. Ayrıca bu alanlardaki hakimiyetin ve uygulamanın nasıl olacağına ilişkin uluslararası yapılageliş hukuku kuralları da bulunmaktadır. Ancak bir duruma, olguya veya olaya ilişkin hukuk kurallarının bulunması, onunla ilgili bir uyuşmazlık yaşanmayacağı anlamına gelmemektedir.

Doğu Akdeniz'deki deniz alanlarının paylaşılması sorunuyla ilgili olarak Türkiye Libya UMH ile "Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti ile Libya Devleti Hükümeti Arasında Akdeniz'de Deniz Yetki Alanlarının Sınırlandırılmasına İlişkin Mutabakat Muhtırası" isimli andlaşmayı yapmıştır. Ayrıca KKTC ile Kıta Sahanlığı Sınırlandırma Andlaşması da yapılmıştır. Yine de, çeşitli doğal kaynakları barındırdığına inanılan bir denizdeki egemenlik alanlarını belirlemek, tahmin edilebileceği gibi kolay olmamaktadır.

Kıbrıslı Rumlardan oluşan GKRY, 2003 yılından beridir Doğu Akdeniz'deki deniz alanlarını sınırlandırmak ve burada doğal kaynak arama çalışmalarını yapmak için faaliyetlerde bulunmaktadır. Öte yandan bu faaliyetlerde birçok devletin aktif rol aldığı görülürken, Türkiye ve Kıbrıslı Türklerin bölgedeki deniz alanı paylaşımının ve zenginliklerin dışında tutulmak istendiği görülmektedir. Ancak böyle bir tutum hem Doğu Akdeniz'deki sükuneti bozmakta, hem de taraflar

---

<sup>100</sup> Doğru, sf. 517.

arasındaki sorunlara yeni boyutlar kazandırmaktadır. Yapılması gereken, bölgede Türkiye’nin ve Kıbrıslı Türklerin menfaatlerini koruyan bir çözüme ulaşmaktır.

Yukarıda da üzerinde durulduğu gibi, Doğu Akdeniz’le ilgili yaşanan sorunlarda Türkiye’nin belli başlı haklı istekleri vardır. Bunlardan ilki, Kıbrıslı Türklerin Kıbrıs’ın deniz alanındaki kaynaklardan Kıbrıslı Rumlarla birlikte ve hakkaniyetli bir biçimde yararlanabilmesidir. İkinci olarak, bölgedeki en önemli aktörlerden birisi olarak kendisinin Doğu Akdeniz’deki yetki alanlarının ve buradaki haklarının hakkaniyete uygun bir şekilde gözetilmesini uluslararası toplumdan talep etmektedir. Bu bağlamda Doğu Akdeniz’deki deniz alanlarının sınırlandırılmasına ilişkin yaşanan uyuşmazlığı çözmek için akla gelen öneriler, Türkiye’nin iddialarından vaz geçmemesi ve bütün ilgili tarafların hakkaniyetli bir paylaşım öngören bir uluslararası andlaşma ya da andlaşmalar yapmasıdır. Bölgedeki uluslararası hukuk süjelerinin ve aktörlerin haklı talepleri hiçe sayılarak yapılmak istenen her türlü paylaşım, uluslararası barışı sarsan yeni huzursuzluklara yol açacaktır.

## **Kaynakça**

### **Kitaplar ve Makaleler**

- Acer, Yücel ve Kaya, İbrahim, *Uluslararası Hukuk*, USAK Yayınları, 2. B., Ankara, 2011.
- Adamides, Constantinos ve Christou, Odysseas, “Can Resolving Cyprus Hold the Key to Regional Energy Cooperation?,” *Turkish Policy Quarterly*, C. 15, S. 2 (2016), sf. 85-94.
- Aksar, Yusuf, “Uluslararası Hukukta Deniz Alanlarının Sınırlandırılması: Doğu Akdeniz Uyuşmazlığı,” *21. Yüzyılda Sosyal Bilimler*, S. 2 (2013), sf. 225-238.
- Aksu, Fuat, “Doğu Akdeniz Deniz Yetki Alanları Sorunu ve Türkiye-AB İlişkileri,” *Doğu Akdeniz’de Hukuk ve Siyaset*, ed. Sertaç Hami



- Başeren, Ankara Üniversitesi Yayınları, Ankara, 2013, sf. 159-196.
- Arsava, Fusun, "Halkların Kendi Kaderini Tayin Etme Hakkının Tarihi ve Günümüzde Getirdiği Problemler," Prof. Dr. Aydın Zevkiler'e Armağan, Yaşar Üniversitesi Elektronik Dergisi, C. 8, Özel Sayı (2013), sf. 387-404.
- Antreasyan, Anais, "Gas Finds in the Eastern Mediterranean: Gaza, Israel and Other Conflicts," Journal of Palestine Studies, C. 42, S. 3 (2013), sf. 29-47.
- Balık, İsmail, "Türkiye'nin Deniz Yetki Alanları ve Kıyıdaş Ülkelerle Yetki Alanı Anlaşmazlıkları," Kent Akademisi, C. 11, S. 1 (2018), sf. 86-98.
- Bayıllıoğlu, Uğur Uluslararası Hukuk Açısından Ege Karasuları Sınırlandırması, Turhan, 2011.
- Bozkurt, Enver, "Uluslararası Hukuk Bakımından Münhasır Ekonomik Bölge Kavramının Ortaya Çıkışı," Uluslararası Hukuk ve Politika, C. 2, S. 5 (2006), sf. 50-74.
- Dalar, Mehmet, "Türkiye'nin Doğu Akdeniz Politikasının Hukuksal Dayanakları," XI. Uluslararası Uludağ Uluslararası İlişkiler Kongresi "Soğuk Savaş Sonrası Dönemin Temel Gelişme ve Dinamikleri," 14-15 Ekim 2019, sf. 148-179.
- Doğru, Sami, "Ege Denizi Kıt'a Sahaneliği Uyuşmazlığına Çözüm Önerisi: Ortak Arama ve İşletme," Stratejik Araştırmalar Dergisi, 2 (2003), sf. 221-141.
- Filis, Andrew Filis ve Leal-Arcas, Rafael, "Legal Aspects of Inter-State Maritime Delimitation in the Eastern Mediterranean Basin," Queen Mary University of London, School of Law Legal Studies Araştırma Notu, N. 142/2013, C. 11, S. 3 (2013), sf. 1-23.
- Grigoriadis, Ioannis, "Energy Discoveries in the Eastern Mediterranean: Conflict of Cooperation?," Middle East Policy, C. 21, S. 3 (2014), sf. 124-133.

- Gündüzler, Ulaş, "United Nations Convention on Law of Sea as a Mixed Treaty of EU: A Headache for Turkey," Ankara Avrupa Çalışmaları Dergisi, C. 12, S. 2 (2013), sf.61-80.
- Kuran, Selami, Uluslararası Deniz Hukuku, Türkmen Kitabevi, 3. B., İstanbul, 2009.
- Kütükçü, Mehmet Akif ve Kaya, İslam Safa "Uluslararası Deniz Hukuku Kapsamında Doğu Akdeniz'deki Petrol ve Doğalgaz Kaynakları ile Türkiye'nin Hukuki Durumu," Batman Üniversitesi Yaşam Bilimleri Dergisi, C. 6, S. 2/1 (2016), sf. 81-96.
- Lagoni, Rainer "Interim Measures Pending Maritime Delimitation Agreements," The American Journal of International Agreements, C. 78, S. 2 (1984), sf. 345-368.
- Özersay, Kudret, "Annan Planı ve Federal Yasaları Çerçevesinde Doğu Akdeniz Deniz Yetki Alanları," Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, C. 59, S. 3 (2004), sf. 204-230.
- Öztürk, Bayram ve Başeren, Sertaç Hami, "The Exclusive Economic Zone Debates in the Eastern Mediterranean Sea and Fisheries," Journal of Black Sea/Mediterranean Environment, C. 14 (2008), sf. 77-83.
- Pazarıcı, Hüseyin, Uluslararası Hukuk, Turhan Kitabevi, 17. B., Ankara, 2018.
- Pirim, Ceren Zeynep, "1978 Devletlerin Uluslararası Andlaşmalara Halefiyeti Sözleşmesi Işığında İkili Andlaşmalara Halefiyet: Teorik Bir Değerlendirme," MÜHF-HAD, C. 22, S. 2 (2016), sf. 131-160.
- Quigley, John, "Palestine is a State: A Horse with Black and White Stripes is a Zebra," Michigan Journal of International Law, C. 32, S. 4 (2011), sf. 749-764.
- Soykan Adaoğlu, Hacer, "AB ve KKTC Hukuku Açısından Yeşil Hat Tüzüğü," Ankara Avrupa Çalışmaları Dergisi, C. 5, S. 1 (2005), sf. 15-28.
- Soykan Adaoğlu, Hacer, "Special Territories in European Union and North Cyprus: A Sui Generis Relationship Under Community

Law”, Uluslararası İlişkiler, C. 6, S. 23 (Sonbahar 2009), sf. 127-148.

Tamçelik, Soyalp ve Kurt, Emre, “Türkiye’nin Münhasır Ekonomik Bölge Algısı ve Yakın Tehdit Alanı: Kıbrıs,” Uluslararası Güvenlik Kongresi Bildiriler Kitabı, ed. Hasret Çomak, C. 3, 1. B., 2014, sf. 882-913.

Yaycı, Cihat, “Doğu Akdeniz’de Deniz Yetki Alanlarının Paylaşılması Sorunu ve Türkiye,” Bilge Stateji, C. 4, S. 6 (2012), sf. 1-70.

Yüksel, Cüneyt ve Baran, Deniz, “Uluslararası Hukukta Doğu Akdeniz Krizi ve Türkiye ile Libya Arasındaki Deniz Yetki Alanlarını Sınırlandırma Mutabakatının Değerlendirilmesi,” MHB, C. 40, S. 1 (2020), sf. 519-556.

### **Raporlar Tezler ve Sunum**

Ehtibarlı, Yaşar, “Uluslararası Hukukta Self Determinasyon Hakkı ve Hakkın Ekonomik Boyutu,” Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı Yayınlanmamış Doktora Tezi, 2016.

Güzel, Enes “Turkey and the Energy Equation in the Eastern Mediterranean,” TRTWORLD Research Centre, Ağustos 2019.

İşeri, Emre ve Bartan, Ahmet Çağrı “Turkey’s Geostrategic Vision and Energy Concerns in the Eastern Mediterranean Security Architecture: A View From Ankara,” The New Geopolitics of the Eastern Mediterranean: Trilateral Partnerships and Regional Security, ed. Zenonas Tziarras, Re-imagining the Eastern Mediterranean Series: PCC Report, 3, Lefkoşa, PRIO Kıbrıs Merkezi, 2019, sf. 111-124.

Kalaycı, Dilek, “The Cyprus conflict: Searching for a Solution to the Dispute over Exclusive Economic Zone in the Mediterranean Sea,” International Congress on Business and Marketing, 2019, sf. 215-233.

Krhoska, Hana, “Conflict Resolution in the Disputes over Resources in the Eastern Mediterranean: The Case of Israel and Lebanon,”

Masaryk Üniversitesi Sosyal Bilimler Fakültesi Güvenlik ve Strateji Çalışmaları Anabilim Dalı Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Beyrut, 2014.

Küçükcuray, Serkan, Doğu Akdeniz Yetki Alanları Uyuşmazlığı ve Türkiye, Yakın Doğu Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Lefkoşa, 2019.

Tagliapietra, Simone, "Will the European Market Need East Mediterranean Gas?" Energy Cooperation and Security in the Eastern Mediterranean: A Seismic Shift Towards Peace or Conflict, ed. Angelos Giannakopoulos, Research Paper N. 8, 2016, sf. 97-109.

Taranic, Igor, "European Energy Policies and Their Relevance to the Eastern Mediterranean," Energy Cooperation and Security in the Eastern Mediterranean: A Seismic Shift Towards Peace or Conflict, ed. Angelos Giannakopoulos, Research Paper N. 8, 2016, sf. 109-123.

### **Online Kaynaklar**

"Kalın: 'Anlaşması Bozan ve Güveni Sarsan Yunanistan Tarafıdır," <https://www.vekibris.com/kalin-anlasmayi-bozan-ve-guveni-sarsan-yunanistan-tarafidir/> (Erişim Tarihi: 10 Ağustos 2020).

"Türkiye Akdeniz'de NAVTEX İlan Etti," <https://www.vekibris.com/turkiye-akdenizde-navtex-ilan-etti/> (Erişim Tarihi: 10 Ağustos 2020).

1960 Kıbrıs Cumhuriyeti Anayasası, [http://www.parliament.cy/images/media/assetfile/Syntagma\\_TU.pdf](http://www.parliament.cy/images/media/assetfile/Syntagma_TU.pdf) (Erişim Tarihi: 3 Haziran 2020).

1978 Devletlerin Uluslararası Andlaşmalara Halefiyeti Sözleşmesi, [https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/conventions/3\\_2\\_1978.pdf](https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/conventions/3_2_1978.pdf) (Erişim Tarihi: 8 Ağustos 2020).

2674 numaralı, 20 Mayıs 1982 tarihli Karasuları Kanunu, <https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.2674.pdf> (Erişim Tarihi: 31 Mayıs 2020).

“Anastasiadis: Bundan Böyle Geçiş Kapılarından Geçen Herkes Kayıt Altına Alınacak,” 7 Haziran 2020, <https://www.vekibris.com/anastasiadis-bundan-boyle-gecis-kapilarindan-gecen-herkes-kayit-altina-alinacak/> (Erişim Tarihi: 8 Haziran 2020).

“Doğu Akdeniz-Kıbrıs Açıklarında Doğalgaz Arama Krizi Nasıl Başladı, Hangi Ülke Ne İstiyor?,” <https://www.bbc.com/turkce/haberler-dunya-48225246> (Erişim Tarihi: 29 Mayıs 2020).

Agreement on the Gaza Strip and the Jericho Area, <https://peacemaker.un.org/sites/peacemaker.un.org/files/IL%20PS%20940504%20Agreement%20on%20the%20Gaza%20Strip%20and%20the%20Jericho%20Area%20%28Cairo%20Agreement%29.pdf> (Erişim Tarihi: 7 Ağustos 2020).

Annan Planı, <https://web.archive.org/web/20120328062304/http://www.zypern.cc/extras/annan-plan-for-cyprus-2004.pdf> (Erişim Tarihi: 1 Haziran 2020).

Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Sözleşmesi, <https://denizmevzuat.uab.gov.tr/uploads/pages/uluslararası-sozlesmeler/denizhukuku.pdf> (Erişim Tarihi: 26 Mayıs 2020).

Birleşmiş Milletler Genel Kurulu, 21 Aralık 1952 tarihli, 1803(XVII) sayılı karar, <https://www.ohchr.org/EN/ProfessionalInterest/Pages/NaturalResources.aspx> (Erişim Tarihi: 7 Ağustos 2020).

Birleşmiş Milletler Genel Kurulu, Letter by Permanent Representative of Cyprus on the Exclusive Economic Zone of the Republic of Cyprus, 19 Haziran 2012, A/66/851, <http://www.cyprusun.org/?p=4728> (Erişim Tarihi: 11 Ağustos 2020).

Birleşmiş Milletler Genel Kurulu, Palestinian Participation in the Work of the UN- and Foreign Ministry Reaction başlıklı, 7 Temmuz 1998 tarihli, 52/250 numaralı kararının İngilizce metni

için bknz:  
<https://mfa.gov.il/MFA/ForeignPolicy/MFADocuments/Yearbook12/Pages/59%20United%20Nations%20General%20Assembly%20Resolution%2052-2.aspx> (Erişim Tarihi: 7 Ağustos 2020).

Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi, 18 Kasım 1983 tarihli 541 sayılı karar,  
[http://www.un.org/en/ga/search/view\\_doc.asp?symbol=S/RES/541\(1983\)](http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/RES/541(1983)) (Erişim Tarihi: 3 Haziran 2020).

Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi, 11 Mayıs 1984 tarihli, 550/1984 sayılı karar,  
[http://www.un.org/en/ga/search/view\\_doc.asp?symbol=S/RES/550\(1984\)](http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/RES/550(1984)) (Erişim Tarihi: 3 Haziran 2020).

Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi, Letter dated 16 August 2011 from the Permanent Representative of Turkey to the United Nations addressed to the Secretary-General, 22 Ağustos 2011, A/65/934-S/2011/526,  
<https://digitallibrary.un.org/record/709500> (Erişim Tarihi: 11 Ağustos 2020).

Çam, Tuğrul, Türkiye-Libya Anlaşması Türkiye'nin Doğu Akdeniz Politikasında Önemli Kazanım, 3 Aralık 2019,  
<https://www.aa.com.tr/tr/dunya/turkiye-libya-anlasmasi-turkiyenin-dogu-akdeniz-politikasinda-onemli-kazanim/1662097> (Erişim Tarihi: 28 Mayıs 2020).

Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti Başbakanlık Basın Açıklaması, 13 Nisan 2017, <http://basbakanlik.gov.ct.tr/BASIN-VE-HALKLA-%C4%B0L%C4%B0C5%9EK%C4%B0LER/BASIN-A%C3%87IKLAMALARI/ArtMID/3765/ArticleID/3461/Ba%C5%9Fbakan-214zg252rg252n-%E2%80%9CK%C4%B1br%C4%B1s-T252rk-halk%C4%B1n%C4%B1n-kendi-kaderini-tayin-etme-hakk%C4%B1-var-Bu-%C4%B0ngiltere-parlamentosunda-bile-ortaya-konmu%C5%9Ftur%E2%80%9D> (Erişim Tarihi: 6 Ağustos 2020).

Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti Dışişleri Bakanlığı, Akdeniz’de Kıta Sahaneli Sınırlandırması Anlaşması Hakkında Basın Açıklaması, 2 Mayıs 2014, <https://mfa.gov.ct.tr/tr/akdenizde-kita-sahanligi-sinirlandirmasi-anlasmasi-hakkinda-basin-aciklamasi/> (Erişim Tarihi: 28 Mayıs 2020).

Türkiye Cumhuriyeti Dışişleri Bakanlığı, No: 18, Güney Kıbrıs Rum Yönetimi’nin Doğu Akdeniz’deki Ülkelerle Deniz Yetki Alanlarını İlgilendiren İkili Anlaşmalar Yapma Gayretlerine İlişkin Dışişleri Bakanlığı Basın Açıklaması, 30 Ocak 2007, [http://www.mfa.gov.tr/no\\_18---30-ocak-2007\\_-guney-kibris-rum-yonetimi\\_nin-dogu-akdeniz\\_deki-ulkelerle-deniz-yetki-alanlarini-iliglendiren-ikili-anlasmalar-yapma-gayretlerini-hk-.tr.mfa](http://www.mfa.gov.tr/no_18---30-ocak-2007_-guney-kibris-rum-yonetimi_nin-dogu-akdeniz_deki-ulkelerle-deniz-yetki-alanlarini-iliglendiren-ikili-anlasmalar-yapma-gayretlerini-hk-.tr.mfa) (Erişim Tarihi: 31 Mayıs 2020).

Türkiye Cumhuriyeti Dışişleri Bakanlığı, No: 216, 21 Eylül 2011 Türkiye - KKTC Kıta Sahaneli Sınırlandırma Anlaşması İmzalanmasına İlişkin Dışişleri Bakanlığı Basın Açıklaması, [http://www.mfa.gov.tr/no\\_-216\\_-21-eylul-2011-turkiye\\_-kktc-kita-sahanligi-sinirlandirma-anlasmasi-imzalanmasina-iliskin-disisleri-bakanligi-basin-ac.tr.mfa](http://www.mfa.gov.tr/no_-216_-21-eylul-2011-turkiye_-kktc-kita-sahanligi-sinirlandirma-anlasmasi-imzalanmasina-iliskin-disisleri-bakanligi-basin-ac.tr.mfa) (Erişim Tarihi: 28 Mayıs 2020).

Türkiye Cumhuriyeti Resmi Gazetesi, 10 Ekim 2012, 28437, <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2012/10/20121010-3.htm> (Erişim Tarihi: 8 Ağustos 2020).

Türkiye Cumhuriyeti Resmi Gazetesi, 7 Aralık 2019, 30971, <https://www.resmigazete.gov.tr/fihrist?tarih=2019-12-07> (Erişim Tarihi: 8 Ağustos 2020).

## **İDARİ YARGI KARARLARININ UYGULANMAMASINDAN DOĞAN SORUMLULUK**

*Responsibility Arising from the Non Enforcement of the Administrative  
Judicial Decision*

**Ekin SEVİNÇ\***

### **ÖZ:**

Hukuka saygılı bir idare olmanın temel gereği, bağımsız mahkemeler tarafından verilen kararların gecikmeksizin uygulamaya konulmasıdır. Bu durumun aksinin gerçekleşmesi halinde ise, doğal olarak idarenin sorumluluğu gündeme gelmektedir. Anayasanın, hukuk devletinin uygulama araçlarından biri olarak gördüğu bu sorumluluk türü çeşitli maddelerinde düzenleme altına alınmıştır. Kanun kapsamında ise, idari yargı kararlarının yerine getirilmemesi nedeniyle idarenin sorumluluğuna ilişkin düzenleme, İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 28. maddesinde yer almaktadır. Çalışmamızda, gerek anayasal hükümler gerekse kanunun ilgili maddesinden yola çıkarak idarenin, yargı kararlarını uygulamaması nedeniyle sorumluluğunun, buna ilişkin başvuru yolları ve bu aşamadaki usul kuralları, çeşitli yargı kararlarından faydanılmak suretiyle incelenmiştir.

---

\* Trabzon Üniversitesi Hukuku Fakültesi İdare Hukuku Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Kamu Hukuku Anabilim Dalı Doktora Öğrencisi, ekinaliolu@gmail.com (ORCID: 0000-0002-5483-425X).



**Anahtar Kelimeler:** Hukuk devleti, idarenin yargı kararını uygulamaması, idarenin sorumluluğu, tazminat davası, tazminat davasının usulü.

### **ABSTRACT:**

The main requirement for being a law-abiding administration is the enforcement of the decision by independent courts without delay. Otherwise, the responsibility of the administration naturally becomes agenda. This responsibility, which our Constitution sees as one of the implementation tools of the rule of law, has been regulated in various articles. Within the scope of the Law, the regulation regarding the responsibility of the administration due to the failure to fulfill the administrative judicial decision is included in the 28th article of the Administrative Procedure Act. In our study, based on either relevant article or constitution provision, the principles of the administration's responsibility arising from not implementing the judicial decision, remedies for this and procedural rules at this stage, have been examined by addressing the ways in which various judicial decisions deal with the matter.

**Keywords:** State of law, The Administration's Failure to Implement the Judicial Decision, Responsibility of The Administration, Suit for Damage, Procedure of The Suit For Damage.

### **GİRİŞ**

Dava, kişilerin hukuki durumlarını ilgilendiren uyuşmazlıkların bağımsız ve tarafsız yargı yerlerine götürülmesiyle başlayan hukuksal süreci ifade etmektedir. Bir davanın açılmasındaki temel gaye, uyuşmazlığın hukuka uygun biçimde çözümlenmesi ve sonuçta bu çözümlün, gerçek hayata geçirilmesidir. Uyuşmazlıklar hakkında yargı yerleri tarafından getirilen çözüme karar, bu kararın gerçek hayata geçirilmesine infaz; başka bir ifadeyle, kararın gereklerinin yerine geti-

rilmesi adı verilir. Uyuşmazlığın çözümüne ilişkin kararların hayata geçirilmesi, kararların yalnızca moral etki yaratmaması bakımından önemli ve anlamlıdır.<sup>1</sup>

Yargı kararlarının gereklerinin yerine getirilmemesi sorunu, idari rejimi benimsemiş olan ülkelerde daha sık ortaya çıkmaktadır. Bunun sebebi idari rejimde, idari davalarda idarenin hem davalı olarak bulunması hem de bu davalarda verilen kararların gereklerini yerine getiren makam olmasından kaynaklanır. Oysa adli yargı yerleri tarafından verilen kararların icrası, kararın tarafı olmayan başka bir merci eliyle sağlandığından, idari yargıdaki gibi sorunlar söz konusu olmaz.<sup>2</sup> Nitekim eşit konumda bulunan özel hukuk kişileri veya bunlar ile davadaki konumu bunlardan farklı olmayan idare arasındaki uyuşmazlıkları karara bağlayan adli yargı yerlerinin kararları, Devletin icra ve infaz organları aracılığıyla; gerekiyorsa, kamu gücü kullanılarak yerine getirilir. Bu nedenle bu kararların infazı, imkansızlık ve bazı istisnai haller haricinde büyük sorunlar yaratmaz.<sup>3</sup>

Mahkeme kararlarının yerine getirilmesi esasen hukuk devleti ilkesinin zorunlu bir sonucudur. En genel tanımıyla hukuk devleti, faaliyetlerinde hukuk kurallarına bağlı olan, vatandaşlarına hukuki güvenlik sağlayan devlettir.<sup>4</sup> Hukuk devleti ilkesi, idare hukukunun temel ilkelerindedir. Bunu haklı kılan birçok durum vardır. Devlet erkleri içinde yürütme ve onun bir uzvu olan idare hem hukuksal bir araç olan işlemler, hem de bunların fiili yansıması olan eylemler yapabilmektedir. Nitekim yasama ve yargı organları çeşitli kararlar alabilmektedir. Bunların icra ve infazı ise yürütme, bir başka deyişle idare tarafından yapılmaktadır. İşte idarenin bu irade açıklamaları, bünyesinde bazı ayrıcalıkları taşımaktadır. Öncelikle bu irade tek yanlılık ve icrailik vasfına sahiptir. Bir başka ifadeyle, ilgilisi tarafından o idari

<sup>1</sup> Turgut Candan, Açıklamalı İdari Yargılama Usulü Kanunu, 7. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2017, s. 700.

<sup>2</sup> Gürsel Kaplan, İdari Yargılama Hukuku, 2. Baskı, Ekin Basın Yayın Dağıtım, Bursa, 2017, s. 462.

<sup>3</sup> Candan, s. 700.

<sup>4</sup> Ergun Özbudun, Türk Anayasa Hukuku, 15. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2014, s. 125.

işlemin gereklerinin yerine getirilmesi söz konusu olmuyorsa ya da ilgili bu işlemin yapılmasına razı olmuyorsa bile, işlem hukuksal düzende sonuçlarını doğurmaya başlamıştır.<sup>5</sup>

İdarenin sahip olduğu iradesinin başka ayrıcalıkları da bulunmaktadır. İdarenin açıkladığı iradenin, bir başka ifadeyle işlem ve kararlarının hukuka uygun olduğu kabul edilir. Hukuka uygunluk karnesinden yararlanan idari işlemlerin etki ve sonuçlarının kaldırılabilmesi için ilgililerin ya idareye ya da yargı yerlerine başvurusu gerekir. Buna göre işlemin, idarece ya da yargı yerince hukuka aykırı olduğu tespit edilinceye kadar hukuka uygun kabul edilerek hukuksal sonuçlarını doğurması mümkündür.<sup>6</sup>

Bünyesinde bu denli bir gücü barındıran idare, bir tüzel kişilik olduğundan iradesini gerçek kişiler olan kamu görevlileri vasıtasıyla beyan etmektedir. Gerçek kişilerin ise, ellerinde bulundurdukları bu gücü keyfi olarak kullanma ihtimali her zaman bulunmaktadır. Bu bakımdan yetkiler kullanılırken aynı zamanda hukukla bağlı olma zorunluluğunun da bulunması gerekir.<sup>7</sup> Nitekim 1982 Anayasası bu zorunluluğu çeşitli hükümlerle düzenleme altına almıştır. Anayasamızın 11. maddesi gereğince, “*Anayasa hükümleri, yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını ve diğer kuruluş ve kişileri bağlayan temel hukuk kurallarıdır*”. O halde gerek yürütme gerekse onun bir uzantısı olan idarenin hukukla bağlı olması, hukuk devleti ilkesi gereğince Anayasal bir zorunluluktur.

İdarenin hukukla bağlı olma zorunluluğunun bir görünümü olarak bireylerin ya da toplulukların idarenin hukuka aykırı iradesi karşısında yargısal yolla korunması da gerekmektedir. Başka bir ifadeyle, idarenin işlem ve eylemlerinin yargısal denetimi mümkün olmalıdır. Anayasa 125. maddesinde, “*İdarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açıktır*” şeklinde hüküm sevk ederek kişilere, hukuka aykırı bir işlem ya da eylem aleyhine yargı yoluna başvurma imkanı

<sup>5</sup> İlhan Özay, *Günüşişinde Yönetim*, 3. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2017, s. 11-12.

<sup>6</sup> Özay, *Günüşişinde Yönetim*, s. 12.

<sup>7</sup> Özay, *Günüşişinde Yönetim*, s. 13.

getirmiştir. Ancak hukuk devleti ilkesinin bir anlam ifade edebilmesi için idarenin yargısal denetiminin yanında, yargı yerlerinin idare aleyhine verdiği kararların gereklerinin yerine getirilmesi de gerekir.<sup>8</sup> Kaldı ki mahkeme kararlarının yerine getirilmesi, hukuk devletinin bir gereği olduğu gibi devletin itibarının temini için de gereklidir. Başka bir ifadeyle, yargının saygınlığı ve etki gücü hem vereceği adil kararlara hem de verdiği kararların gecikmeksizin ve etkin bir biçimde yerine getirilmesine bağlıdır.<sup>9</sup>

Yargı kararlarının uygulanmaması hukuk devletinin gereklerinden olan hak arama özgürlüğü ile de ilgilidir. Anayasanın 36. maddesinde düzenlenen hak arama özgürlüğü, herkese meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkını tanımaktadır. Bu bakımdan yargı kararlarının icaplarına göre davranılması, bireylerin hak arama özgürlüklerinin yansımasıdır. Bu nedenle yargı kararlarına uyulmaması hak arama özgürlüğünün ihlali anlamına gelecektir.<sup>10</sup>

Çalışmamızın konusunu, idari yargı kararlarının uygulanmamasından doğan sorumluluğun esasları oluşturmaktadır. Ancak, konunun daha iyi anlaşılabilmesi ve idari yargı kararlarının etkilerinin ortaya konulabilmesi amacıyla öncelikle, idari yargı yerlerince verilen kararlardan ve bunların niteliklerinden bahsedilecek; daha sonra ise söz konusu kararların yerine getirilmemesi nedeniyle idarenin sorumluluğu anlatılacak son olarak da bu sorumluluktan doğan davaların hangi usullere uyularak görüleceğinin üzerinde durulacaktır.

<sup>8</sup> A. Şeref Gözübüyük, "İptal İlamlarının İnfazı ve Danıştay'ın Tutumu", Ankara Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, C. 16, S. 2 (1961): s. 119.

<sup>9</sup> Kaplan, İdari Yargılama Hukuku, s. 462.

<sup>10</sup> Evren Altay, "Yargı Kararlarının Uygulanması", Danıştay ve İdari Yargı Günü 139. Yıl Sempozyumu (2007): s. 111.

## **I. İDARİ YARGI KARARLARININ UYGULANMA ZORUNLULUĞU**

Hukukumuzda, ceza mahkemesi kararlarının infazı ile hukuk mahkemesi kararlarının icrası, birtakım özel kanunlarda ayrıntılı olarak düzenlenmiştir. Ancak, idari yargı kararlarının yerine getirilmesine ilişkin münhasır bir kanun bulunmamaktadır.<sup>11</sup> Genel olarak Anayasal ve yasal düzenlemelerle idari yargı kararlarının uygulanma zorunluluğuna dair hükümler sevk edilmiştir. Anayasanın hukuk devleti ilkesini düzenleyen 2. maddesi, idarenin bütün işlem ve eylemlerinin yargı denetimi altında olduğunu düzenleyen 125. maddesi, yasama ve yürütme organları ile idarenin mahkeme kararlarına uyma zorunluluğunu belirten 138. maddesi, hak arama özgürlüğünü düzenleyen 36. maddesi, yargı kararlarının uygulanması zorunluluğuna ilişkin Anayasal düzenlemelerdir. Bunların yanında İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 28. maddesinde de konuya ilişkin hüküm sevk edilmektedir. Esasen, bir hukuk devletinde yargı kararının yerine getirilmesi zorunluluğunun yasalarda düzenlenmesine ihtiyaç duyulmamalıdır. Nitekim yargı kararlarının yerine getirilmemesi gibi bir sorunun da hukuk devleti ilkesini benimseyen devletlerde olmaması gerekir. Ancak ortaya çıkabilecek olumsuz ihtimale binaen yasal düzenlemelerle, yargı kararlarının zamanında yerine getirilmemesi ya da idarenin yargı kararını yerine getirmekte gecikmesinin önüne geçilmek istenmektedir.<sup>12</sup>

Hukukun ve adaletin somut yansıması olan yargı kararlarının uygulanmadığı bir yerde hukuk devletinden bahsedilmesi söz konusu değildir. Bir devletin hukuk devleti olma iddiasının geçerliliği, hukuk devleti ilkesinin gereklerinin yerine getirilmesine bağlıdır. Kaldı ki hukuk devleti kavramının algılanış biçiminin az gelişmiş ülkelerle çağdaş demokratik ülkeler arasındaki farklılığı, bu ilkenin bir idealin simgesi olmaktan öte yaşananın ifadesi olması noktasında ortaya çıkmaktadır. Dolayısıyla, Anayasanın 125. maddesinde düzenlenen ve

<sup>11</sup> Özcan Özbey, "İdari Yargı Kararlarının Uygulanmamasından Doğan Hukuki ve Cezai Sorumluluk", Ankara Barosu Dergisi, S. 4 (2009): s. 47.

<sup>12</sup> Şeref Gözübüyük, Turgut Tan, İdare Hukuku C. II (İdari Yargılama Hukuku), 8. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2016, s. 583.

hukuk devletinin gereklerinden biri olan, idarenin her türlü eylem ve işleminin yargı denetimine bağlı olması kuralı, yargı kararlarının uygulanmaması halinde bir anlam ifade etmeyecektir.<sup>13</sup>

Anayasanın 138. maddesinde, yasama ve yürütme organları ile idarenin mahkeme kararlarına uyma zorunluluğu hüküm altına alınmıştır. Söz konusu düzenlemeye göre: *“Yasama ve yürütme organları ile idare, mahkeme kararlarına uymak zorundadır; bu organlar ve idare, mahkeme kararlarını hiçbir surette değiştiremez ve bunların yerine getirilmesini geciktiremez.”* Bu düzenleme, içeriğinde birkaç hususu barındırmaktadır. Öncelikle idarenin, yargı kararlarına uyma zorunluluğundan başka herhangi bir seçeneği olmadığı ifade edilmektedir. Başka bir ifadeyle, birçok konuda takdir yetkisine sahip olan idarenin doğal olarak yargı kararlarını uygulama noktasındaki yetkisi bağlı yetkidir. Bundan başka; kararların idarece değiştirilemeyeceği ifadesi, kararların şeklen değil ve fakat içeriğine uygun olarak yerine getirilmesi anlamını taşımaktadır. Ve son olarak, kararların yerine getirilmesinin geciktirilemeyeceği şeklindeki düzenleme de uygulamaların belirli bir süre içinde yapılması gerektiğini belirtmek için kullanılmıştır.<sup>14</sup> Buradan çıkan sonuca göre; idarenin yargı kararlarını uygulamak noktasında ve uygulama süresi açısından takdir yetkisi bulunmamaktadır. Anayasa gereğince idare, yargı kararlarını gecikmeksizin uygulamak zorundadır.

Anayasa'nın hak arama özgürlüğünü düzenleyen 36. maddesine göre; *“Herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir.”* Yargı kararları kişilerin hak arama özgürlüğünün somutlaşmasını ifade eder. Hak arama özgürlüğü, yargı kararları ile korunan bir hakkın davacı ya da davalı tarafa somut biçimde kazandırılması ile anlamlı hale gelir. Yargı kararları yalnızca hukuka aykırılığın ortaya çıkarılması amacıyla değil, aynı zamanda bu kararların uygulanması için verilirler. Kararların uygulanmaması ha-

<sup>13</sup> Evren Altay, *İdari Yargı Kararlarının Uygulanmamasından Doğan Uyuşmazlıklar*, Turhan Kitabevi, Ankara, 2004, s. 2.

<sup>14</sup> Altay, *Uyuşmazlıklar*, s. 3.

linde yargı fonksiyonu hiçbir anlam ifade etmeyecektir. Bu nedenle yargı kararlarının uygulanmaması, hak arama özgürlüğünün de varoluş gerekçesine aykırılık teşkil eder, bu özgürlüğün ortadan kalkmasına yol açar.<sup>15</sup>

İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun kararların sonuçları başlıklı 28. maddesi, idari yargı yerlerince verilen kararların uygulanma zorunluluğunu düzenlemektedir. Esasen bu madde, yukarıda ifade edilen Anayasanın 138. maddesiyle benzer, ancak daha ayrıntılı bir düzenleme getirmektedir. Maddede yer alan hükümlerin kapsamına genel olarak bakıldığında; 1. fıkrada, idari yargı yerlerince verilen kararların uygulanma zorunluluğu ve süresinin; 2. fıkrada, konusu belli bir miktar paranın ödenmesini gerektiren davalarda infaz usulünün; 3. ve 4. fıkralarda, yargı kararlarının süresi içinde yerine getirilmemesi halinde açılacak dava ve bu davanın usulünün; 5. ve 6. fıkralarda, ise vergi davaları ile tazminat davalarına ilişkin kararların infaz usulünün düzenlendiği görülmektedir.

İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 28. maddesinin 1. fıkrasında idarelerin, idari yargı yerlerince verilen esasa ve yürütmenin durdurulmasına ilişkin kararlarının icaplarına göre gecikmesizin işlem tesis etmeye ya da eylemde bulunmaya zorunlu oldukları hükme bağlanmaktadır. Hükümde geçen icaplarına ifadesi önemlidir. Bununla kastedilen, verilen kararın taraf için tatmininin sağlanabilmesi amacıyla yapılması gerekenlerdir. Bunu değerlendirecek olan ise idaredir. İdare, karar gerekçesinden yola çıkarak icabın ne olduğunu tespit etmekle yükümlüdür.

Maddeye göre; uygulanması gereken yargı kararları, mahkemelelerin esasa ve yürütmenin durdurulmasına ilişkin kararlarıdır. Esasa ilişkin kararlar, idari yargı yerlerinin maddi uyuşmazlığı davanın kabulü şeklinde sona erdiren, davayı kabul ederek dosyadan el çekmesi sonucunu doğuran kararlardır. Nitekim iptal ve tam yargı davaları sonucunda verilen kararların davanın reddi şeklinde olması durumunda, bu kararların uygulanma ya da uygulanmama meselesi tar-

---

<sup>15</sup> Altay, Uyuşmazlıklar, s. 4.

tışma konusu olmayacaktır. Bunun sebebi davanın reddi yönünde verilen kararların uygulanmaları açısından davanın açılmamış olması hali ile aynı şekilde kabul edilmesidir. Söz konusu red kararı, dava konusu edilen işlem ya da eylem üzerinde herhangi bir etki doğurmamaktadır.<sup>16</sup>

### **A. İptal Kararlarının Uygulanması**

İdari işlemler hakkında yetki, şekil, sebep, konu ve maksat yönlerinden biri ile hukuka aykırı olduklarından dolayı iptalleri için menfaatleri ihlal edilenler tarafından açılan iptal davaları<sup>17</sup>, idarenin hukuka uygun davranmasını sağlayarak hukuk devletini gerçekleştiren en etkili araçlardan biridir. Bu davalar ile idarenin işleminin hukuka uygunluğu denetlenmektedir. Dava sonucunda hukuka aykırılığın saptanması halinde işlem ortadan kaldırılır. Başka bir ifadeyle idari işlem hakkında iptal kararı verilmesiyle işlemin varlığı son bulur, o işlem hukuk aleminden silinir.<sup>18</sup>

Bir idari işlem iptal kararı ile ortadan kalktıktan sonra, idarenin sakat işlemi geri almasına gerek yoktur. Bunun sebebi iptal kararının hukuksal etkilerini, yargı kararıyla birlikte göstermeye başlamasıdır.<sup>19</sup> Burada iptal kararının hukuksal etkisi ile iptal kararının gereklerinin yerine getirilmesi birbirine karıştırılmamalıdır. İptal kararının hukuksal etkisi, hukuka aykırı olduğu saptanan işlemin ortadan kalkması, varlığının sona ermesidir.<sup>20</sup> Başka bir ifadeyle, iptal kararı etkisini doğrudan gösterir. Yani iptal kararı işlemin varlığına kendiliğinden son verir. Ancak bu kararın gereklerinin yerine getirilmesi için idareye birtakım ödevler düşmektedir. İdarenin ödevi, iptal edilen işlem dolayısıyla hukuk düzeninde ortaya çıkan sonuçları ortadan kaldır-

<sup>16</sup> Altay, Uyuşmazlıklar, s. 11.

<sup>17</sup> Ragıp Sarıca, İdari Kaza C. I İdari Davalar, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul, 1949, s. 10.

<sup>18</sup> Turan Yıldırım, İdari Yargı, 1. Baskı, Beta Basım Yayın Dağıtım, İstanbul, 2008, s. 309.

<sup>19</sup> Uğur Mumcu, "Türk Hukukunda İptal Kararlarının Yerine Getirilmesi ve Sorumluluk", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 27, S. 3-4 (1970): s. 106.

<sup>20</sup> Yıldırım Uler, İdari Yargıda İptal Kararlarının Sonuçları, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 1970, s. 15.



mak, hukuka aykırı durumun hukuka uygun duruma dönüşmesini sağlamaktır.<sup>21</sup> Meseleyi başka bir açıdan ele alırsak; iptal edilen işlem hukuken tesis edildiği andan itibaren ortadan kalkmaktadır. Fakat bu işlem, hukuken ortadan kalkmakla birlikte fiilen mevcuttur ve işlemin uygulanmasına devam edilmektedir. Bu fiili durumun hukuk esaslarına uydurulabilmesi için, idarenin iptal kararının gereği doğrultusunda neler yapıp, nelerden kaçınması gerekiyorsa ona göre yeni işlemler tesis etmesi gerekir.<sup>22</sup>

İptal kararı, idari işlemin hukuka aykırı olduğunun saptanması anlamına gelir. İdari işlemler için hukuka uygunluk karinesi geçerli olduğundan belli bir süre uygulanmış; ancak işlemin hukuka aykırılığı yargı kararıyla sabit olmuştur. Bu durumda hukuka aykırı olan işlemin uygulandığı zaman aralığı içinde ortaya çıkardığı etkilerin de giderilmesi gerekir. İşte bunun mümkün olabilmesi için iptal kararlarının geçmişi de etkilemesi; başka bir ifadeyle, iptal kararlarının geriye yürümesi ilkesi kabul edilmiştir. İptal kararları, idari işlemin alındığı tarihe kadar geriye yürür ve hukuka aykırı olan işlemin bütün sonuçlarını, sanki o işlem hiç yapılmamışçasına ortadan kaldırır.<sup>23</sup> İptal kararı ile işlemde önceki durumun geri gelmesi bazen kendiliğinden mümkün olurken, kimi zaman da idarenin bir müdahalesini gerektirebilir. Bu, somut olayın özelliklerine göre değişen bir durumdur. Burada kural, kendiliğinden ya da idarenin müdahalesiyle işlemde önceki durumun tesis edilmesinin sağlanma zorunluluğu bulunmasıdır.<sup>24</sup>

İptal kararı, hukuka aykırı bir idari işlemin geriye yürür biçimde ortadan kaldırılması anlamına gelmektedir. Ancak bu kalkma sadece iptal davasının tarafları için değil, herkes için geçerlidir. Hukuk aleminden kalkan bir idari işlemin etkilerinin kimileri için geçerli, kimileri için ise geçersiz olması gibi bir durum söz konusu değildir. Bu

<sup>21</sup> Ramazan Çağlayan, İdari Yargı Kararlarının Sonuçları ve Uygulanması, 3. Baskı, Asil Yayıncılık, Ankara, 2004, s. 127.

<sup>22</sup> Aydın H. Tuncay, Orhan Özdeş ve Recep Başpınar, "İdari Yargılama Usulü", Yüzyıl Boyunca Danıştay, Danıştay Yayını (1968), s.712.

<sup>23</sup> Mumcu, s. 105.

<sup>24</sup> Çağlayan, İdari Yargı Kararları, s. 131.

nedenle iptal kararı genel etkilidir. Davada taraf olmayanlar da bu karardan etkilenirler. İptal kararının genel etkisi hem düzenleyici işlemlerde hem de bireysel işlemlerde söz konusu olabilmektedir.<sup>25</sup>

İdari yargı yerlerince idari işlemin iptaline karar verilip işlem ortadan kaldırılınca, bu yargı kararının idarece uygulanması aşaması ortaya çıkar. Tam yargı davalarına kıyasla, uygulamada güçlükler çıkar; idareyi tereddüde, davacılarla ihtilafa sokan durumlar iptal davalarında daha çok söz konusu olur. İdare hukukunun genel prensipleri gereğince, idari yargı yerlerince verilen iptal kararları o idari işlemi kaldırmakla birlikte, yeni bir idari işlem tesis etmez. Aksi durum yargı organının idarenin yerine geçmesine yol açar ki bu da yargının idari işlem niteliğinde karar veremeyeceği kuralına aykırılık oluşturur. Karar tesis etmek yargının, bu kararın gereklerine göre işlem tesis etmek ise idarenin görevidir.<sup>26</sup> İptal edilen kararların yerine getirilmesi ise iptal edilen işlemin niteliğine göre farklı durumlar ortaya çıkarmaktadır.

### **B. İptal Kararının Kesin Hüküm Niteliğine Aykırılık Teşkil Etmeyecek Şekilde İşlemin Yenilenmesi**

İdari yargı yerlerince verilen bir iptal kararı, kesin hüküm niteliğine sahiptir. Kesin hüküm, bir yargı kararının, başvuru yollarından geçerek ya da bunlara ilişkin başvuru süreleri sona ererek değişmez bir hal alması anlamına gelmektedir. İdari işlemin iptali kararları, kesin hükmün mutlak etkisini gösterir.<sup>27</sup> Bunun anlamı iptal kararının, davanın tarafı olan ve olmayan herkes için bağlayıcı olmasıdır. Dolayısıyla mevcut bir iptal kararının gereğini yerine getirmekle yükümlü olan idare, kesin hükmün etkisini ortadan kaldıracak biçimde aynı

<sup>25</sup> Uler, s. 44-46.

<sup>26</sup> Ahmet Şükrü Özeren, Taci Bayhan, İdari Yargı Kararlarının Uygulanması, Ankara, 1992, s. 48.

<sup>27</sup> Ramazan Çağlayan, İdari Yargıda Kanun Yolları, 2. Baskı, Asil Yayıncılık, Ankara, 2006, s. 11.

işlemi tesis edemez. Söz gelimi, hakkında iptal kararı verilen idari işlem ile aynı sonucu doğuracak farklı bir ad altında işlem yapılamaz.<sup>28</sup>

Kesin hükmün ortaya koyduğu bu ilke ise, her zaman için mutlak surette uygulanmamaktadır. Hatta, kamusal faaliyetleri yerine getirmek yükümlülüğünde olan idare kimi zaman, iptal edilen işlem ile aynı nitelikte bir idari işlem tesis etmek zorundadır. Örneğin kimi durumlarda idari işlemin iptali, o işlemin yapılmasına yönelik talebin gerekli inceleme ve araştırma yapılmadan reddedilmesi sebebine dayanmaktadır. Böyle bir durumda idare, ilgili işlemi gerekli tahkikatı yaparak tekrar yapmakla mükelleftir.<sup>29</sup> Ancak ifade edilmelidir ki, kesin hükme aykırılık teşkil etmediği ölçüde, iptal edilen işlemle aynı işlemin tesis edilmesi mümkündür. Bu durumda ele alınması gereken mesele, hangi durumlarda aynı nitelikte işlem tesisinde bulunulmasının kesin hükme aykırı olacağı ya da olmayacağıdır. Genel olarak, idari işlemin yetki ve biçim unsurlarındaki hukuka aykırılıklar nedeniyle iptal edilmesi halinde, söz konusu aykırılıklar giderilerek aynı işlemin tesis edilebileceği kabul edilmektedir.<sup>30</sup> Bunlar işlemde beklenen nihai sonucu etkilemeyen unsurlardır. Dolayısıyla ilgili unsurlardaki hukuka aykırılıklar giderilerek aynı yönde yeni bir idari işlemin tesisine mümkündür.

İşlemin dayandığı sebebin değişmesi sonucunda da idare işlemi yenileme hakkına sahip bulunmaktadır. Dolayısıyla böyle bir durumda, idari yargı yerlerince işlemin iptali yönünde verilen kararın kesin hüküm niteliğine aykırılığı söz konusu olmayacaktır. İdari işlemin sebebi, idareyi, idari işlem yapmaya sevk eden maddi ya da hukuki olaylardır. Örneğin, iptal edilen işleme dayanak alınan hukuki kaynağın değişmesi, yeni bir içtihadı birleştirme kararı ortaya çıkması ya da idarenin uygulamalarını değiştirme eğilimi, aynı işlemin tekrarlanmasına imkan tanıyan hususlar olabilmektedir.<sup>31</sup> Burada dikkat edilmesi

---

<sup>28</sup> Uler, s. 87.

<sup>29</sup> Uler, s. 88.

<sup>30</sup> A. Şeref Gözübüyük, *Yönetmelik Yargısı*, 35. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2016, s. 257.

<sup>31</sup> Uler, s. 89.

gereken konu, idarenin iptal edilen işlem ile aynı nitelikte bir işlemi tesis edebilmesi için farklı sebebe dayanmak zorunda olmasıdır. İdari yargı yerlerince idari işlemin sebep unsurunun incelenmesi resen araştırma ilkesi gereğince idarenin uhdesindedir. Bunun anlamı, mahkemenin, tarafların ileri sürdüğü ya da sürmediği tüm sebepleri inceleme hakkına sahip olmasıdır. Buna göre, mahkeme, idari işlemin hukuka aykırı sayılması ya da sayılmaması için başka bir sebep görür ise, o yönde bir karar verebilecektir. İdari yargılama sisteminde buna sebep ikamesi adı verilmektedir. İdari yargı yerinin idari işlemi hukuka uygun kılacak başka bir sebep bulamadan işlemi iptal etmesi durumunda, idarenin o işlemi hukuka uygun kılacak farklı bir sebep bulması halinde işlem yenilenebilecektir.<sup>32</sup>

### **C. Yürütmenin Durdurulması Kararlarının Uygulanması**

Yürütmenin durdurulması, idari işlemin yürütülmesinin uyuşmazlık hakkında bir karar verilinceye kadar ertelenmesini sağlayan müessesedir. İdari işlemler yapıldıkları an hukuka uygun kabul edilirler ve bu yüzden dava konusu edilmeleri halinde uygulanmamaları ancak yürütmenin durdurulması ile mümkün olur. İdari işlemin icraîliği ilkesinin dengesini bu müessese oluşturmaktadır.<sup>33</sup>

Yürütmenin durdurulması kararının verilebilmesi için, İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 27. maddesindeki şartların gerçekleşmesi gereklidir. Bunlar, idari işlemin uygulanması halinde telafisi güç ya da imkansız zararların doğacak olması ile idari işlemin açıkça hukuka aykırı olması şartlarıdır. Bu haliyle yürütmenin durdurulması, idarenin işlemlerinin hukuka uygunluğunun yargısal yoldan denetiminin sağlanmasında etkili bir araçtır. Davaya konu idari işlemin uygulanarak tüm etkilerini düzeltilemez bir şekilde meydana getirmesi, yıllar sonra verilecek iptal kararının etkisiz olmasına yol açacaktır. Bu ne-

---

<sup>32</sup> Uler, s. 94.

<sup>33</sup> Ramazan Çağlayan, İdari Yargılama Hukuku, 9. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2017, s. 581.

denle yürütmenin durdurulması, iptal kararının gecikmesinden doğan sakıncaları gidermek amacıyla vardır.<sup>34</sup>

Yürütmenin durdurulması kararları, idari işlemlerin uygulanmasını durduran ve genelde bir haklılık belirtisine dayanan kararlardır. Bu kararlar, iptal kararlarından farklı olarak tesis edilen işlemi hukuken ortadan kaldırmamakta, ancak işlemlerin yürütülmesini dava sonuçlanıncaya kadar askıya almaktadır. Yürütmenin durdurulması kararı verilmesi, idari yargı yerinin nihai kararına kadar, idari işlemin tesis edilmeden önceki hukuksal duruma geri dönülmesi anlamını taşımaktadır.<sup>35</sup> Bu bakımdan yürütmenin durdurulması kararlarının yerine getirilmesindeki temel kural, yürütmenin durdurulması kararının geriye yürür şekilde sonuç doğurması<sup>36</sup>, dava konusu işlemin yapıldığı andan önceki durumun geri gelmesidir. Yürütmenin durdurulması kararı üzerine eski durumun geri gelmesi kimi zaman kendiliğinden, kimi zaman da idarenin yapacağı yeni bir işlemle mümkün olur.<sup>37</sup>

Uyulması yönündeki zorunluluk bakımından iptal kararlarıyla yürütmenin durdurulması kararları arasında hiçbir fark yoktur. İdare, yürütmenin durdurulması kararları doğrultusunda da işlem tesis etmek ya da eylemde bulunmak mecburiyetindedir. Yürütmenin durdurulması kararlarının uygulanması zorunluluğu, İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 28. maddesinde; "*Danıştay, bölge idare mahkemeleri, idare ve vergi mahkemelerinin esasa ve yürütmenin durdurulmasına ilişkin kararların icaplarına göre idare...işlem tesis etmeye ya da eylemde bulunmaya mecburdur.*" şeklinde yer almaktadır.

<sup>34</sup> Candan, s. 710.

<sup>35</sup> Yılmaz Aliefendioğlu, "Danıştay Kararlarına Uyulması", Danıştay Dergisi, S. 16-17(1975), s. 18.

<sup>36</sup> Danıştay Dava Daireleri Kurulu'nun 04.02.1966 tarihli ve E: 1965/473 sayılı kararında, yürütmenin durdurulması ile iptal kararlarının, sonuçları bakımından aynı nitelikte oldukları şu şekilde ifade edilmiştir. "*...iptal istenen idari tasarrufu ve onun sonucu olan işlemleri durdurur ve bu tasarruf ve işlemlerin ittihaz ve icrasından önceki hukuki durumun yürürlüğünü sağlar.*" Metin Kıratlı, "Yürütmenin Durdurulması", **Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi**, C. XXI, S. 4 (1966), s. 193.

<sup>37</sup> Gözübüyük, Yönetmelik Yargı, s. 465.

#### **D. Tam Yargı Davalarının Kabulü Kararlarının Uygulanması**

Tam yargı kararlarının yerine getirilmesi, iptal kararlarına kıyasla çoğu kez büyük bir sorun yaratmamaktadır. Tam yargı davalarının konusu genel olarak davacı lehine parasal bir hakkın yerine getirilmesidir. Karar nakdi bir edime dayandığından ve davalı da idare olduğundan kararın infazında herhangi bir engelle karşılaşılması çok güçtür. Ancak bu davalar sonucunda verilen kararların infazındaki başarı derecesi de diğer kararlarda olduğu gibi idarenin hukuk anlayışına, hukuk devleti ilkelerine duyacağı saygı ile orantılıdır.<sup>38</sup>

İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 28. maddesinin 2. fıkrası, tam yargı davalarının kabulü kararlarının uygulanma usul ve esaslarını düzenlemektedir. Söz konusu düzenleme, 4001 sayılı Kanun ile değişikliğe uğramış ve yapılan değişiklik neticesinde tam yargı davalarında verilen kararların infazı ikiye ayrılmak suretiyle düzenlenmiştir. Buna göre 2. fıkra, tam yargı davaları hakkında verilen kararlardan belli bir miktarı içerenlere ilişkin düzenleme getirdiğinden, bu davalarda verilen kararlardan belli bir miktarı içermeyenlerin infazı bu fıkraya göre değil, maddenin 1. fıkrasına göre olmaktadır.<sup>39</sup>

İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 28. maddesinin 2. fıkrasında, konusu belli bir miktar paranın ödenmesini gerektiren davalarda verilen ödeme kararının yerine getirilmemesi halinde, bu kararların genel hükümler dairesinde infaz ve icra olunacakları belirtilmiştir. Fıkroda sözü edilen genel hükümlerden kastedilen, 2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu, 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsili Usulü Hakkında Kanun ve 5018 sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanunu hükümleri ile ilgili idarenin tabi olduğu kanunlardaki hükümlerdir.<sup>40</sup>

Maddede belli bir miktarı içeren kararların yerine getirilmemele ri durumunda, bu kararların genel hükümler dairesinde infaz ve icra olunacağı belirtildiğinden uygulamada bu tür kararların yerine geti-

<sup>38</sup> Tuncay, Özdeş, Başpınar, s. 715.

<sup>39</sup> Candan, s. 702.

<sup>40</sup> Celal Karavelioğlu, İdari Yargılama Usulü Kanunu, 9. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2016, s. 1160.

rilmemeleri halinde ilgililer, icra dairesine başvurmak suretiyle ilamlı icra takibinde bulunmaktadır.<sup>41</sup> Yargı kararlarının uygulanmaması nedeniyle icra yoluna başvurulması ve borcun ödenmemesi durumunda icra dairesi, devlet mallarının haczedilemez olması nedeniyle haciz yolu dışında kalan diğer olanakları devlete karşı uygular. Ancak haciz işlemi istisnai olarak bazı kurum ve kuruluşların mallarına uygulanabilir.<sup>42</sup> Bunun yanında devlet mallarının haczedilemeyecek olması, devlet mallarının gelirlerinin de haczedilemeyeceği anlamına gelmemektedir.<sup>43</sup>

İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 28. maddesinin 6. fıkrası, kararların uygulanmasında gecikme olması durumunun önüne geçebilmek ya da böyle bir durum söz konusu olduğunda ortaya çıkan hak kayıplarını önleyebilmek için ayrıca bir düzenleme getirmektedir. Buna göre; mahkeme kararının tebliğ tarihi ile idarenin ödeme yaptığı tarih arasında geçen süre zarfında gecikme için idare, hükmedilen tazminat miktarına ek olarak kanuni faiz ödemekle yükümlü tutulmuştur. Tam yargı davaları sonucu verilen kararların uygulanmamasından doğan uyuşmazlıklara uygulamada çok fazla rastlanılmamasının nedenlerinden biri de söz konusu bu düzenlemedir.

Gerek devletin ve gerekse herhangi bir idari birimin tam yargı davaları neticesinde verilen davanın kabul kararlarını infaz ve icra etmemesi, idarenin ayrıca bundan kaynaklanan mali sorumluluğunun doğmasına yol açar. Bu nedenle, tam yargı davalarının kabulü halinde verilen kararların uygulanmaması ayrı bir sorumluluk ve tazmin davasının nedenini oluşturmaktadır.<sup>44</sup>

---

<sup>41</sup> Altay, Uyuşmazlıklar, s. 84.

<sup>42</sup> Şeref Gözübüyük, Güven Dinçer, İdari Yargılama Usulü (Kanun-Açıklama-İçtihat), Ankara: Turhan Kitabevi, Ankara, 1996, s. 465.

<sup>43</sup> Ahmet Erdoğan, "Yönetmelik Yargı Kararlarının Yerine Getirilmesi", Danıştay Dergisi, S. 1 (1976), s. 16.

<sup>44</sup> Sıddık Sami Onar, İdare Hukukunun Umumi Esasları C. III, 3. Bası, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul, 1966, s. 2000-2001.

## **II. İDARİ YARGI KARARLARININ UYGULANMAMASINDAN DOĞAN SORUMLULUĞUN ESASLARI**

### **A. İdari Yargı Kararlarının Uygulanma Süresi**

İdari yargı yerlerince verilen kararların uygulanabilmesi amacıyla idareye belirli bir süre tanınmalıdır. Bunun nedeni, mahkeme kararı kendisine tebliğ edilen idarenin, kararla ortaya çıkan hukuksal sonucun gereklerine göre fiili durumu oluşturmasının icap etmesidir. Söz konusu fiili durumu oluşturabilmesi için idarenin bir takım işlem ya da eylemler yapması lazım geldiğinden, süreye ihtiyacı bulunmaktadır.<sup>45</sup> İşte bu amaçla hem Anayasa'da hem de İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 28. maddesinde; idarenin yargı kararlarını uygulama süresine ilişkin düzenlemeler yer almaktadır. Anayasanın 138. maddesinin 4. fıkrası gereğince idare, mahkeme kararlarının yerine getirilmesini geciktiremez. Başka bir ifadeyle idare, mahkeme kararlarını gecikmeksizin uygulamak zorundadır. Anayasa burada idareye, yargı kararlarının uygulanması için belirli bir süre vermemekte, idarenin her somut olaydaki durumu göz önünde bulundurarak mümkün olan en kısa sürede kararın yerine getirilmesini emretmektedir.

İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 28. maddesinin 1. fıkrası, yargı kararının uygulanması için idareye tanınan sürenin çerçevesini belirlemiştir. Bu süre, kararın idareye tebliğinden itibaren otuz gün olarak belirlemiştir. Fıkroda, idarenin, idari yargı yerlerinin vermiş oldukları esasa ve yürütmenin durdurulmasına ilişkin kararlarının icaplarına göre gecikmeksizin işlem tesis etmeye veya eylemde bulunmaya mecbur olduğu, bu sürenin hiçbir şekilde kararın idareye tebliğinden başlayarak otuz günü geçemeyeceği ifade edilmektedir.

Kanunun, yargı kararlarının uygulanması için idareye tanıdığı otuz günlük süre, idare için bir hak değildir.<sup>46</sup> İdarenin, kararı uygulamak için her nasılsa önünde otuz günlük bir süre olduğunu düşünmesi ve derhal uygulama ya da otuz günden daha kısa bir sürede uy-

---

<sup>45</sup> Kaya, s. 47.

<sup>46</sup> Candan, s. 721.



gulama imkanı varken otuz günlük sürenin sonunu beklemesi, kararı geç uygulama nedeniyle sorumluluğunun doğmasına yol açmaktadır. Nitekim Kanun, yargı kararlarının gecikmeksizin uygulanması gerektiğini ve bu sürenin hiçbir şekilde otuz günü geçemeyeceğini belirtmektedir. Buradan çıkan sonuca göre otuz günlük süre, aslında idarenin yargı kararlarını uygulayabileceği sürenin üst sınırını oluşturmaktadır. Bu durumda koşulların imkan tanınması halinde idare, kararları derhal yerine getirmek zorundadır.

İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 28. maddesinin 1. fıkrası gereğince, idarenin yargı kararını uygulama süresi, kararın idareye tebliğ edilmesiyle başlamaktadır. Fıkroda yer alan bu düzenleme 4001 sayılı Kanun ile yapılan değişiklikle getirilmiştir. Söz konusu değişiklikten önce sürenin başlangıcı konusunda açık bir ifade yer almamaktaydı. Bu yeni düzenlemeye göre; otuz günlük süre, kararın idareye tebliğ edildiği tarih itibarıyla başlamaktadır. Sürenin başlayabilmesi için tebliğ yeterli olup, lehine karar verilen ilgilinin idareye kararı uygulaması için başvuruda bulunmasına gerek yoktur.<sup>47</sup> Nitekim kararın uygulanması, Anayasa ve Kanundan kaynaklanmakta olup, idare için bir ödevdir.

## **B. İdari Yargı Kararlarının Uygulanmama Halleri**

Yargı kararlarının kendiliğinden hukuki sonuç doğurmaya elverişli olmamaları durumunda, idarenin bu kararların gereklerini yerine getirmek için işlem ya da eylem yapması gerekecektir. İdarenin söz konusu gerekleri yerine getirmemesi, yargı kararlarının uygulanmaması anlamına gelmektedir. Anayasa'nın 138. maddesinde belirtildiği üzere, yargı kararlarına uymak yasama, yürütme ve idare için bir zorunluluktur. Ancak, idari yargı kararlarına uymak bakımından idarenin farklı bir yükümlülüğü bulunmaktadır. İdarenin yargı kararlarına uyması, bu kararları uygulaması anlamına gelmektedir.<sup>48</sup> İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 28. maddesinde de idarenin, kararların gereklerini yerine getirme yükümlülüğü, "idari yargı kararlarının icapla-

<sup>47</sup> Candan, s. 722.

<sup>48</sup> Altay, Uyuşmazlıklar, s. 164.

*rına göre gecikmeksizin işlem tesis etmek veya eylemde bulunmak” şeklinde ifade edilmektedir.*

İdarenin Anayasal ve yasal yükümlülüğünü icra etmemesi, yargı kararlarının uygulanmaması meselesini ortaya çıkarmaktadır. İdari yargı kararlarının uygulanmaması; bu kararların hiç uygulanmaması, kararın eksik uygulanması, kararın geç uygulanması ve kararın şekli uygulanması biçimlerinde ortaya çıkmaktadır.<sup>49</sup> Yargı kararının hiç uygulanmaması, idarenin kararın gereğini yerine getirmek adına herhangi bir işlem ya da eylem yapmamasını; geç uygulanma, makul ya da otuz günlük süre içinde kararın uygulanmamış olmasını; eksik uygulanma, kararın gereklerinin tam olarak karşılanamamasını; şekli uygulama ise, kararın gereklerinin yerine getirilmesine karşın, daha sonra başka bir işlem ya da eylemle kararın etkisiz kılınmasıdır.

### **C. İdarenin Yargı Kararının Uygulanmamasından Doğan Sorumluluğu**

Anayasa'nın 138. maddesi gereğince idare, mahkeme kararlarını uygulamak zorunda olup bunların yerine getirilmesini geciktiremez. Bu bakımdan idarenin, yargı kararlarını uygulamak konusunda takdir yetkisi bulunmamaktadır. İdarenin yargı kararını uygulama yükümlülüğüne aykırı hareket etmesi; başka bir ifadeyle, yargı kararını uygulamaması ya da gereği gibi uygulamaması idarenin sorumluluğuna neden olmaktadır. Bu nedenle öncelikle idarenin genel anlamda hukuki sorumluluğunun açıklanması ve yargı kararlarının uygulanmamasının idarenin ne tür sorumluluğunu ortaya çıkaracağı meselesinin ele alınması gerekmektedir.

Genel olarak hukuki sorumluluk, hukuk düzenince korunan bir varlıkta ortaya çıkan zararın giderilmesini amaçlayan ve bu durumun yaptırımını da içinde barındıran hukuki bir kurumun adıdır. Hukuk sisteminin onaylamadığı fiillere bağladığı hukuki sonuç, bu fiilden meydana gelen zararların tazmin edilmesini doğurmaktadır. Hukuk,

---

<sup>49</sup> Metin Günday, “İdari Yargı Kararlarının Uygulanmaması Sorunu”, Ankara Barosu Hukuk Kurultayı (2000), s. 354.

söz konusu zarar olgusuna neden olan fiili gerçekleştireni bu zararı giderme ile yükümlü tutarken, sorumluluk hukuku da bu tazmin yükümlülüğünün esaslarını düzenlemektedir.<sup>50</sup>

İdarenin hukuki sorumluluğu, yapmış olduğu faaliyetin hukuki rejimine göre değişmektedir. Buna göre idarenin; özel hukuka ilişkin faaliyetlerden doğan sorumluluğu özel hukuk kurallarına, idare hukukuna ilişkin faaliyetlerinden doğan sorumluluğu da idare hukuku kurallarına tabi olmaktadır. İdarenin tesis etmiş olduğu bir işlemde ya da gerçekleştirmiş olduğu bir eylemden doğan zararları karşılamakla yükümlü olması, idarenin mali sorumluluğu kavramı ile açıklanmaktadır. İdarenin mali sorumluluğu, hukuk devleti ilkesinin gereği olarak kabul edilmiş bir olgudur. Söz konusu mali sorumluluğun dayanağı önceleri sadece kusura dayandırılmaktaydı. Bu bakımdan idarenin mali sorumluluğunun ortaya çıkabilmesi için kendisine bir kusurun izafe edilmesi gerekmektedir. Ancak başlangıçta idarenin mali sorumluluğunun dayanağı olarak kabul edilen kusur, devletin üstlendiği görevlerin artması sonucu yetersiz hale gelmiştir. Başka bir ifadeyle, devletin üstlendiği yeni görevler sebebiyle bireylere zarar verme ihtimalinin artması üzerine, idarenin belli bir kusuru olmasa dahi, bireylere verdiği zararlardan sorumlu olacağı kabul edilmeye başlanmıştır. Bu ise idarenin, kusursuz sorumluluğunu ortaya çıkarmıştır.<sup>51</sup>

Anayasa'nın yargı yolu başlıklı 125. maddesinin 1. fıkrasında, idarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolunun açık olduğu; son fıkrasında ise, idarenin kendi eylem ve işlemlerinden doğan zararı ödemekle yükümlü bulunduğu hüküm altına alınarak, idarenin sorumluluğuna ilişkin ana kural ortaya konulmuştur. İlgili hükümde yalnızca idarenin ortaya çıkan zarardan sorumlu olduğu hususu düzenlenmiş, bu sorumluluğun kaynağı ile ilgili herhangi bir ifadeye yer verilmemiştir. Başka bir ifadeyle idarenin sorumluluğunun esasları, kusura dayanabileceği gibi herhangi bir kusurun mevcudiyeti de şart

<sup>50</sup> Cüneyt Ozansoy, "Tarihsel ve Kuramsal Açından İdarenin Kusurdan Doğan Sorumluluğu", Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara (1989), s. 8.

<sup>51</sup> Metin Günday, İdare Hukuku, 11. Baskı, İmaj Yayınevi, Ankara, 2017, s. 368.

koşulmamıştır. Dolayısıyla, Anayasa'nın bu hükmü idarenin hem kusurlu hem de kusursuz sorumluluğunu içinde barındıran genel bir düzenleme olarak karşımıza çıkmaktadır. Yargı kararlarının uygulanmaması, hukuki ya da fiili imkansızlık gibi sebeplere dayanıyorsa, idarenin sorumluluğu kusursuz sorumluluk çerçevesinde ortaya çıkaracaktır.

Danıştay'ın yerleşik içtihadı, yargı kararlarının uygulanmamasının idarenin ağır hizmet kusuruna yol açacağı yönündedir. Hizmet kusuru, idarenin yürüttüğü bir hizmetin kurulmasında, düzenlenmesinde veya işleyişindeki bozukluk ya da aksaklık olarak ifade edilmektedir. Bu bakımdan hizmet kusuru, kamu görevlilerinin kusurlarından bağımsız bir niteliktedir. Hizmet kusuru, kamu görevlisinin şahsına izafe edilemeyen, kişiselleştirilemeyen bir kusur türü olup, anonim niteliktedir.<sup>52</sup> Doktrindeki kimi görüşlere göre ise, yargı kararının uygulanmaması hizmet kusurunun aksine, belli bir kamu görevlisine izafe edilebilir. Bu görüşü savunanlara göre, burada kişiselleştirilmiş bir sorumluluk esası ortaya çıkmakta; kamu görevlisinin hizmet içi kişisel sorumluluğu bulunmaktadır.<sup>53</sup> Yargıtay'ın yaygın uygulaması ise, yargı kararlarını uygulamak bakımından Anayasa'nın 138. maddesi uyarınca herhangi bir takdir yetkisi bulunmayan idarenin, kararın gereklerini yerine getirmemekle görev ve yetkilerinin tamamen dışında davranması ve bundan dolayı eyleminin idarilik niteliğinin kaybolup, haksız fiile dönüştüğü şeklindedir.

Yukarıda izah edilenlerden de anlaşılacağı üzere içtihat ve doktrinde yargı kararlarının yerine getirilmemesi dolayısıyla ortaya çıkan sorumluluğun dayandığı esaslar bakımından farklılıklar ortaya çıkmıştır. Aşağıda açıklanacağı üzere, ortaya çıkan bu farklılığın idarenin sorumluluğu cihetine gidilebilmesi bakımından bir önemi kalmamıştır. Bunun sebebi İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 28. maddesinin 2014 yılında değişikliğe uğramasıdır. Söz konusun değişiklikten önce,

<sup>52</sup> Kemal Gözler/Gürsel Kaplan, İdare Hukuku Dersleri, 20 Baskı, Ekin Yayınevi, Bursa, 2018, s. 687.

<sup>53</sup> Evren Altay, "İdari Yargı Kararlarının Uygulanmaması Sorunu", Ankara Barosu Hukuk Kurultayı (2000): s. 359; Günday, s. 357.

yargı kararını uygulamayan kamu görevlisinin kusurlu olması halinde bundan zarar gören ilgiye tercih hakkı tanınmış, dilerse idari yargıda idare aleyhine dilerse adli yargıda doğrudan kamu görevlisine dava açma imkanı verilmiş idi. Dolayısıyla söz konusu halde kamu görevlisinin kusurunun belirlenebilmesi adına sorumluluğunun dayanaklarının ortaya konması önemli idi. Ancak, Kanunda 2014 yılında yapılan değişiklikle birlikte, kamu görevlisinin şahsi kusurundan ileri gelen uygulamama hallerinde de davanın ancak idare aleyhine açılabileceği karar altına alınmıştır. Buna bağlı olarak böyle bir durumda kamu görevlisinin kusurunun araştırılması, davanın türü ya da husumet açısından önem teşkil etmeyecektir. Söz gelimi her durumda tazminat davaları artık ilgili idare aleyhine karşı açılacaktır. Söz konusu farklılıkların pratikteki önemi, çalışmanın kamu görevlilerinin mali sorumluluğu başlığı altında incelenen, ilgililerin zararının idarece giderilmesinin ardından idare ile kamu görevlisi arasındaki rücu ilişkisinde yatmaktadır.

İdari yargı kararlarının uygulanmaması idarenin mali sorumluluğunu doğurmaktadır. İdarenin yargı kararını uygulamaması, hem Anayasa'nın 138. maddesinde ifade edilen yargı kararlarının bağlayıcılığı hükmüne hem de Kanununun 28. maddesinde yer alan kararları uygulamak yönündeki yükümlülüğüne aykırılık teşkil etmektedir.

İdarenin, idari yargı kararlarını uygulamaması genel olarak kusurlu sorumluluk esasları çerçevesinde hizmet kusurunu oluşturmaktadır. Ancak yargı kararını uygulamayan idarenin, hizmet kusuru dolayısıyla sorumluluğundan bahsedilebilmesi için idarenin, idari yargı yerine verilen kararın gereklerine uygun işlem tesis etme ya da eylemde bulunma olanağına sahip olmasına karşın, zamanında bunu yerine getirmemiş olması gerekir. Başka bir ifadeyle idarenin, yargı kararını uygulamamak bakımından kusurlu sorumluluğunun doğabilmesi için, kararı yerine getirme olanağı bulunmasına rağmen, bu kararın gereklerini yerine getirmemesi durumu söz konusu olmalıdır.<sup>54</sup>

---

<sup>54</sup> Candan, s. 729.

İdari yargı kararlarının uygulanmaması, her durumda idarenin mali sorumluluğuna sebebiyet vermekle birlikte, bu sorumluluk her zaman idarenin kusurlu sorumluluğu gereğince olmayabilir. Başka bir ifadeyle, idarenin, yargı kararlarının uygulanmamasında hiçbir kusurunun olmadığı durumlarda, kusursuz sorumluluk ilkesi uyarınca da mali sorumluluğunun ortaya çıkabilmesi mümkündür. Yargı kararlarının uygulanmaması, kimi zaman, idarenin iradesi dışında gerçekleşir. Söz gelimi, kararın gereklerinin yerine getirilmesinde maddi ya da hukuki imkansızlık bulunması hallerinde, idarenin hizmet kusurunun olduğundan söz edilemez. Bu gibi durumlarda, idarenin mali sorumluluk gereğince tazminat yükümlülüğü, kusursuz sorumluluk ilkesine dayanmaktadır.<sup>55</sup>

İdari yargı kararlarının uygulanmaması, idarenin mali sorumluluğuna sebep olur. Kararın uygulanmamasından zarar gören kimse tarafından, mali sorumluluk gereğince, idare aleyhine tazminat davası açılabilir. Ancak ifade edilmelidir ki, bu dava sonucunda idarenin, yargı kararının uygulanmaması nedeniyle ortaya çıkan zararı tazmin etme yükümlülüğünü yerine getirmesi, idareyi yargı kararını uygulama yükümlülüğünden kurtarmamaktadır.<sup>56</sup> Başka bir ifadeyle idarenin tazminat ödemesi, yargı kararını uygulama yükümlülüğünü sona erdirmez. İdarenin ya tazminat ödeme ya da kararı uygulamak gibi seçimlik bir hakkı bulunmamaktadır.

İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 28. maddesinin 3. ve 4. fıkralarında sorumluluğa ilişkin şu hükümlere yer verilmiştir:

*“Danıştay, bölge idare mahkemeleri, idare ve vergi mahkemeleri kararlarına göre işlem tesis edilmeyen veya eylemde bulunulmayan hallerde idare aleyhine Danıştay ve ilgili idari mahkemede maddi ve manevi tazminat davası açılabilir.”*

*“Mahkeme kararlarının süresi içinde kamu görevlilerince yerine getirilmemesi halinde tazminat davası ancak ilgili idare aleyhine açılabilir.”*

<sup>55</sup> Candan, s. 729.

<sup>56</sup> Kaya, s. 74.

Mezkur fıkralarda açıkça görüldüğü üzere, yargı kararlarının gereklerine göre işlem tesis edilmeyen ya da eylemde bulunulmayan hallerde, idare aleyhine idari yargıda maddi ve manevi tazminat davası açılabilir. Burada yargı kararlarının uygulanmaması durumu bir yaptırıma bağlanmıştır. Söz konusu yaptırım da idarenin tazminat ödemesidir. İdarenin tazmin yükümü sadece kararın yerine getirilmemesi hallerinde değil, hukuki veya maddi imkansızlık gibi nedenlerle yerine getirilmesinin mümkün olmadığı durumlar için de geçerlidir. Bu bakımdan kararların yerine getirilmemesinden doğan tazminat davaları hukuki bir yaptırım ve zarar giderme; kararların hukuki ya da maddi imkansızlık nedeniyle yerine getirilmemesinden doğan tazminat davaları ise, yalnızca zarar giderme aracıdır.<sup>57</sup> Görülmektedir ki sorumluluk için yapılan nitelemeler, sonuç açısından bir değişikliğe yol açmamaktadır. Yargı kararının her ne sebeple olursa olsun uygulanmamış olması, idare aleyhine tam yargı davası açılmasına neden olmaktadır.

İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 28. maddesinin 4. fıkrasında; *"mahkeme kararlarının otuz gün içinde kamu görevlilerince kasten yerine getirilmemesi halinde ilgili, idare aleyhine dava açabileceği gibi, kararı yerine getirmeyen kamu görevlisi aleyhine de tazminat davası açılabilir."* hükmü yer almakta idi.<sup>58</sup> Bu hüküm yargı kararlarının otuz gün içinde kamu görevlilerince kasten yerine getirilmemesi halinde ilgililere, ya idare aleyhine idari yargıda ya da kararı yerine getirmeyen kamu görevlisi aleyhine adli yargıda maddi ve manevi tazminat

---

<sup>57</sup> Karavelioğlu, s. 1168.

<sup>58</sup> Anayasa Mahkemesi bu fıkra da yer alan "kararı yerine getirmeyen kamu görevlisi aleyhine de tazminat davası açılabilir" hükmünün iptali istemini şu gerekçelerle reddetmiştir: *"Anayasa'nın 138. Maddesinin dördüncü fıkrasında, ... denilmektedir. Bu hükme göre, kamu görevlileri de mahkeme kararlarını yerine getirmek zorunda olup, bu konuda seçim hakları bulunmamaktadır. Kaldı ki, mahkeme kararlarını kasten yerine getirmeyen memur ve diğer kamu görevlilerinin eylemleri suç oluşturmaktadır. Bu bağlamda, Anayasa'nın 138. Maddesinin dördüncü fıkrası uyarınca kamu görevlilerinin, yargı kararlarını kasten yerine getirmeme eylemleri, Anayasa'nın 129. Maddesinin beşinci fıkrası kapsamında değildir."* AYM, 27.09.2012 tarihli, E: 2012/22, K: 2012/133 sayılı Kararı, R.G. 11.10.2012-28494.

davasası açma şeklinde seçimlik hak vermektedir.<sup>59</sup> Öğretide, idari yargı kararlarının kasten yerine getirilmemesi şeklindeki iradenin, kişisel kusura sebebiyet verdiği ve bu haliyle suç teşkil eden bir eylem olduğu<sup>60</sup>, salt kişisel kusur oluşturmadığı, bu iradenin hizmet içindeki bir kişisel kusur olması sebebiyle görev kusuruna yol açacağı ifade edilmektedir.<sup>61</sup> Ancak bu hüküm, 2014 yılında 6526 sayılı Kanun'un 18. maddesiyle, "Mahkeme kararlarının süresi içinde kamu görevlilerince yerine getirilmemesi halinde tazminat davası ancak ilgili idare aleyhine açılabilir" şeklinde değiştirilmiştir.<sup>62</sup> Dolayısıyla söz konusu değişiklikten sonra, ilgilinin kararı kasten uygulamayan kamu görevlisi aleyhine maddi ve manevi tazminat davası açma hakkı ortadan kalkmıştır. Böyle bir durumda da tazminat davası, ancak idare aleyhine açılabilecektir. Hükümün bu şekilde değiştirilmesinin bir sonucu olarak, kamu görevlisinin yargı kararını uygulamamak şeklindeki kusurlu davranışından dolayı idarenin sorumluluğu, asli sorumluluk olarak karşımıza çıkmaktadır.<sup>63</sup>

Mahkeme kararlarının kamu görevlileri tarafından yerine getirilmemesi halinde ancak idare aleyhine tazminat davası açılabileceği-

<sup>59</sup> Bahtiyar Akyılmaz, Murat Sezginer, Cemil Kaya, Türk İdari Yargılama Hukuku, 1.Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara, 2018, s. 823.

<sup>60</sup> Mumcu, s. 127.

<sup>61</sup> Günay, İdare Hukuku, s. 377.

<sup>62</sup> 6526 sayılı Kanun ile getirilen fıkranın Anayasa'ya aykırılığı ileri sürülmüş, Anayasa Mahkemesi ise iptal istemini şu gerekçelerle reddetmiştir: "... İdari yargı kararlarının süresi içinde yerine getirilmemesi halinde tazminat davasının ancak idare aleyhine açılabilir olması, kararı uygulamayan kamu görevlisinin hukuki sorumluluğunu ortadan kaldırmamaktadır. Anayasa koyucunun, kamu görevlisinin kusurunun niteliğine bakmaksızın bu kusurun ilgili kamu görevlisine ait bir yetkinin kullanılmasında sırasında işlenmesini esas alması ve kamu görevlilerinin söz konusu kusurlarından dolayı ancak idare aleyhine dava açılabileceğini kabul etmesi, idare ile arasındaki rücu ilişkisi dolayısıyla ilgili kamu görevlisinin hukuki sorumluluğunu sona erdirmemektedir. Öte yandan idarenin, kamu görevlilerinin yetkilerini kullanırken işledikleri kusurdan doğan zararın tazmini ile yükümlü kılınmasının, kamu görevlilerinin hükmedilen tazminat miktarını tam ve zamanında ödeyememe ihtimali gözetildiğinde davacıların zararının karşılanması bakımından bir güvence niteliği taşıdığı açıktır. Açıklanan nedenlerle kural, Anayasa'nın 129. Maddesine aykırı değildir. İptal talebinin reddi gerekir." AYM, 25.11.2015 tarih, E: 2014/86, K: 2015/109 sayılı Kararı, R.G. 08.01.2016-29587.

<sup>63</sup> Bahtiyar Akyılmaz, "Yargı Kararının Yerine Getirilmemesinden Doğan Sorumluluk", **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. XI, S. 1-2 (2007), s. 460.



ne ilişkin hükmün, Anayasa'nın ve Devlet Memurları Kanunu'nun çeşitli hükümleriyle uyum sağlaması amacıyla getirildiği ifade edilmektedir. Nitekim söz konusu hükmün kabul edildiği 6526 sayılı Kanun'un 18. maddesinin gerekçesi şu şekildedir:

*“Anayasa'nın yargı yolu kenar başlıklı 125'inci maddesinde idarenin, kendi eylem ve işlemlerinden doğan zararı ödemekle yükümlü olduğu; görev ve sorumlulukları, disiplin kovuşturulmasında güvence kenar başlıklı 129'uncu maddesinde, memurlar ve diğer kamu görevlilerinin yetkilerini kullanırken işledikleri kusurlardan doğan tazminat davalarının, kendilerine rücu edilmek kaydıyla ve kanunun gösterdiği şekil ve şartlara uygun olarak, ancak idare aleyhine açılabileceği düzenlenmiştir.*

*657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun kişilerin uğradıkları zararlar kenar başlıklı 13'üncü maddesinde, kişilerin kamu hukukuna tabi görevlerle ilgili olarak uğradıkları zararlardan dolayı bu görevleri yerine getiren personel aleyhine değil, ilgili kurum aleyhine dava açacakları düzenlenmiştir.*

*Söz konusu Anayasa hükümleri ve Devlet Memurları Kanunu hükmüne uyum sağlamak amacıyla mahkeme kararlarının süresi içinde kamu görevlilerince yerine getirilmemesi halinde tazminat davasının ancak ilgili idare aleyhine açılabileceği düzenlenmektedir.”* Gerekeçle ilgili de ortaya konulduğu üzere, söz konusu değişiklikten önce, yargı kararının kamu görevlisince kasten yerine getirilmemesi halinde, kendisine karşı dava açılabileceğine ilişkin hüküm, Anayasa ve Devlet Memurları Kanunu ile çelişki arz etmekteydi. Yapılan değişiklikle, İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun ilgili maddesi, diğer Anayasal ve kanuni düzenlemeler ile uyumlu hale getirilmiştir.

Yargı kararlarının uygulanmaması nedeniyle ilgililer, zarara uğrayabilir. Bu zarar maddi olabileceği gibi manevi nitelikte de olabilir. Ancak bu nedenle idarenin tazmin yükümlülüğünün doğabilmesi için, ortada gerçekleşmiş bir zararın bulunması gerekmektedir. Başka bir ifadeyle, yalnızca yargı kararlarının uygulanmaması durumu, idarenin

tazmin yükümlülüğünü, şayet ortada bir zarar yok ise, doğurmamaktadır.<sup>64</sup>

## **D. Kamu Görevlisinin Yargı Kararının Uygulanmamasından Doğan Sorumluluğu**

### **1. Kamu Görevlisinin Mali Sorumluluğu**

İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 28. maddesinde yapılan değişiklik sonrasında yargı kararlarının süresi içinde kamu görevlilerince yerine getirilmemesi halinde tazminat davasının ancak ilgili idare aleyhine açılacağı düzenlemesinin getirilmesiyle birlikte kamu görevlilerinin yargı kararının uygulanmamasından zarar gören ilgililere karşı, kusurlu olsalar dahi mali sorumluluğu bulunmamaktadır. Bu nedenle, yargı kararının uygulanmaması nedeniyle zarar gören ilgili, bu zararın tazminini artık her ne sebeple olursa olsun kamu görevlisinden değil, idareden talep edebilecektir.

Yargı kararını uygulamayan kamu görevlisinin, bu durumdan zarar gören ilgiliye karşı bir sorumluluğu bulunmamakla birlikte, mali sorumluluğunun tamamen ortadan kalktığını da söylemek doğru olmayacaktır. Bu bakımdan kamu görevlisinin ilgiliye karşı bir sorumluluğu olmasa da idareye karşı mali sorumluluğu bulunmaktadır. Kamu görevlisinin, yargı kararını uygulamaması bakımından idareye karşı ortaya çıkan sorumluluğunun temeli, rücu kurumuna dayanmaktadır. Şöyle ki, idari yargı kararlarının uygulanmaması nedeniyle idare aleyhine açılan maddi ve manevi tazminat davası sonucunda idarenin tazminat ödemeye mahkum edilmesi halinde idare, kusuru bulunan kamu görevlisine rücu edebilmektedir.<sup>65</sup>

İdari yargı kararının uygulanmaması nedeniyle idarenin ilgiliye ödediği tazminat için, kararı uygulamayan kamu görevlisine rücu edebileceğine ilişkin kural, İdari Yargılama Usulü Kanunu'nda yer almamaktadır. İdarenin, kusurlu olan kamu görevlisine rücu etmesini

---

<sup>64</sup> Kaya, s. 74.

<sup>65</sup> Kaya, s. 91.

mümkün kılan düzenlemeler Anayasa'nın çeşitli maddelerinde bulunmaktadır. Anayasa'nın 129. maddesinin 5. fıkrası gereğince, memurların ya da diğer kamu görevlilerinin yetkilerini kullanırken işlemiş oldukları kusurlardan doğan tazminat davaları, bu kişilere *rücu edilmek* kaydıyla ancak idare aleyhine açılmaktadır. Bunun yanında Anayasa'nın 40. maddesinin 3. fıkrasına göre, resmi görevliler tarafından vaki haksız işlemler sonucu kişinin uğradığı zarar Devletçe tazmin edilmekle birlikte, Devletin sorumlu olan ilgili görevliye *rücu hakkı* saklıdır.

Anayasa'nın ilgili hükümlerinden yola çıkarak söyleyebiliriz ki; yargı kararının kasten uygulanmaması nedeniyle idare aleyhine açılan davada, idarenin tazminat ödemeye mahkum edilmiş olması durumunda, idarenin ödemiş olduğu tazminat miktarını kusurlu kamu görevlisine rücu etmesi anayasal bir yükümlülüktür.<sup>66</sup> Özellikle Anayasa'nın 129. maddesindeki "*kendilerine rücu edilmek*" kaydıyla ifadesinden, idarenin ödediği tazminat için, ilgili kişi ya da kişilere yasal yollar çerçevesinde rücu etmesinin Anayasa'dan doğan bir zorunluluk olduğu anlaşılmaktadır. Dolayısıyla idarenin yargı kararının uygulanmaması nedeniyle ödediği tazminat için kusurlu kamu görevlisine rücu etmesi gerekmektedir. Burada kamu görevlisine rücu edilebilmesi için ilgili görevlinin kusurlu olması şarttır. Söz konusu kusurun kamu görevlisinin görev ya da kişisel kusurundan ileri gelmesinin bir önemi bulunmayıp, her iki durumda da idarenin kamu görevlisine rücu hakkı bulunmaktadır.

657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 13. maddesinde de kamu hukukuna tabi görevlerin ifası sırasında kişilere verdikleri zararlardan ötürü personel aleyhine değil; ilgili kurum aleyhine dava açılabileceği, kurumun ise genel hükümler çerçevesinde sorumlu olan personele rücu hakkı bulunduğu ifade edilmektedir.

Kanununun 28. maddesinde yapılan değişiklik ile birlikte, kamu görevlilerinin kasti davranışının ürünü olan yargı kararının uygulanmaması durumunda dahi, zarar görenin kamu görevlisine tazminat

<sup>66</sup> Altay, Uyuşmazlıklar, s. 472.

davasý açma imkanı kalmamıştır. Bu bakımdan zarar görenin, bu zararın tazmin edilmesi adına tek muhatabı idare olmaktadır. Bu açıdan bakıldığında, idarenin de mali sorumluluk alanının genişlediğini görmekteyiz. Nitekim yargı kararının uygulanmamasında açılan davalarda artık tek bir davalı bulunmaktadır; o da idaredir.

## **2. Kamu Görevlisinin Cezai Sorumluluğu**

İdari yargı kararlarının gereklerinin yerine getirilmemesi, geç yerine getirilmesi, eksik yerine getirilmesi ya da şekli olarak yerine getirilmesi kamu görevlisinin cezai sorumluluğunu doğuran eylemlerdir. Başka bir ifadeyle yargı kararlarının yerine getirilmemesi, kamu görevlisi açısından suç teşkil etmektedir. Nitekim Anayasa ve İdari Yargılama Uuslü Kanunu, yargı kararlarının uygulanması bakımından kamu görevlisine keyfi davranma hakkı vermeyip, bu konudaki hükümler emir mahiyetindedir. Dolayısıyla bu emre aykırılık, kamu görevlisinin cezai anlamda sorumlu olmasına yol açmaktadır.<sup>67</sup>

Bu çerçevede ele alınması gereken ilk husus, yargı kararlarının uygulanmamasının hangi suçun unsurları ile ilişkilendirilebileceğidir. Yargı kararının uygulanmaması genel olarak doktrinde<sup>68</sup> ve yargısal içtihatlarda görevi ihmal, görevi kötüye kullanma ve Anayasa'yı ihlal suçları kapsamında değerlendirilmiştir. Mülga 765 sayılı Türk Ceza Kanunu döneminde görevi kötüye kullanma suçu 240. maddede, görevi ihmal suçu 230. maddede, görevde keyfi davranma suçu ise 230. maddede olmak üzere ayrı hükümler halinde düzenlenmişti. 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu ise, bu suçları, görevi kötüye kullanma suçu altında 257. maddesinde hüküm altına almıştır.

Madde kapsamına bakıldığında söz konusu suçun tanımı; görevinin gereklerine aykırı hareket etmek suretiyle, kişilerin mağduriyetine veya kamunun zararına sebep olmak şeklinde ifade edilmiştir. Aynı zamanda maddenin 2. fıkrasında, görevinin gereklerini yapmakta ihmal veya gecikme göstererek, kişilerin zararına veya kamunun za-

---

<sup>67</sup> Karavelioğlu, s. 1129.

<sup>68</sup> Uler, s. 143.

rarına sebep olmak şeklinde ortaya çıkan durumların da görevi kötüye kullanma suçuna yol açacağını belirtilmiştir. Bu bakımdan idari yargı kararının gereklerini yerine getirmeyen, getirmek konusunda ihmal gösteren ya da kararın gereklerini süresi içinde yerine getirmeyen kamu görevlisi, görevi kötüye kullanma suçunu işlemiş kabul edilecektir.

Kamu görevlileri, kamu gücü kullanıyor olmalarından ötürü, birtakım hak ve yükümlülöklere tabidirler. Bu çerçevede, yargılanmaları da özel bir kanun ile düzenlenmiştir. Buna ilişkin ilk kanun olan, “Memurun Muhakematı Hakkında Kanunu Muvakkat”, 1999 yılında 4483 sayılı “Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun” ile yürürlükten kaldırılmıştır. Her iki Kanun birbirinden farklı usuller getirmiş olsalar da bir konu benzer şekilde düzenleme altına alınmıştır. Buna göre kamu görevlilerinin yargılanmaları doğrudan yapılmamakta, belli kişi ya da makamların soruşturma izni vermesi durumunda ancak yargılanmalarına başlanmaktadır. Soruşturma izninin verilmesi ya da verilmemesi kararlarına karşı soruşturma izni veren makama göre Bölge İdare Mahkemesi ya da Danıştay’a itiraz edilir. Danıştay’a yapılacak itirazlar idari daire tarafından çözüme kavuşturulur. Bu kapsamda, her iki kanun döneminde, kendisine yapılan itirazlar sonucu Danıştay’ın vermiş olduğu kararlar da, yargı kararlarının yerine getirilmemesine yönelik iradenin suç unsuru taşıdığı ve dolayısıyla kararını uygulamayan kamu görevlisinin yargılanmasının gerektiği yönündedir. Buna göre, 765 sayılı Kanun döneminde kamu görevlisinin yargılanması noktasında soruşturma izni verilmesi ya da verilmemesine yönelik kararlara yapılan itirazlar sonucunda Danıştay, lüzumu muhakeme kararlarının onanması<sup>69</sup> ya da meni muhakeme yolunda verilen kararların kaldırılması<sup>70</sup>

---

<sup>69</sup> “... T.C. Anayasasının 138. Maddesi ile 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 28. maddesine aykırı olarak bu kararın gereğini yerine getirmediği soruşturma dosyasındaki bilgi ve belgelerden anlaşıldığından yerinde görölmeyen itirazın red-dine, lüzumu muhakeme yolunda verilen il yönetim kurulu kararının uygulama maddesinin **TCK ‘nın 240. maddesi olarak** düzeltilerek onanmasına...karar verildi”. Danıştay 2. Daire, E: 1997/1580, K: 1999/207, K.T. 03.02.1999. <http://www.kazanci.com.tr/>. E.T. 10.10.2020

yönünde hükümler tesis etmiştir. Kararlar incelendiğinde ise, kamu görevlisinin yargı kararını uygulamamak yönündeki iradesi Danıştay tarafından, 228. madde ile 240. maddede düzenlenen suçlara sebebiyet verdiği şeklinde yorumlanmaktadır.

### **E. Sorumluluğa İlişkin Açılacak Tazminat Davalarında Yargılama Usulü**

İdari yargı kararlarının uygulanmaması nedeniyle zarar gören ilgilinin, idare aleyhine maddi ve manevi tazminat davası açma hakkı bulunmaktadır. İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 28. maddesi zarar görenin tazminat davası açma hakkı bulunduğunu belirtmekle birlikte, yargılama usulleriyle ilgili kurallar getirmemiştir. Söz konusu kurallar yargı içtihatlarıyla ortaya konulmuştur. Bu nedenle bu başlık altında yargı kararlarından örnekler verilerek tazminat davasının hangi süre içinde açılacağı, hangi mahkemede ve kime karşı açılacağı ile dava konusunun kapsamının ne olacağı üzerinde durulacaktır.

İdarenin, idari yargı kararlarının uygulanmamasından doğan sorumluluğunu düzenleyen İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 28. maddesi, bu madde uyarınca açılacak maddi ve manevi tazminat davalarının süresine ilişkin herhangi bir düzenleme getirmemiştir. Dolayısıyla lehine olan yargı ilamını alan kişinin, kararın uygulanmaması durumunda hangi sürede dava açabileceği sorusu ortaya çıkmaktadır. Davaya açma süresinin ne olduğu, dava açma süresinin hangi tarihten itibaren başladığı ve idareye, yargı kararını uygulaması ya da ortaya çıkan zararın ödenmesi için bir ön başvuru yapılmasının şart olup olmadığı meseleleri, çeşitli Danıştay kararlarında değerlendirilmiştir. Bu değerlendirme Danıştay'ın, yargı kararının uygulanmamasına yönelik iradeyi bir idari işlem mi, idari eylem mi yoksa her ikisinin kap-

---

<sup>70</sup> "T.C. Anayasasının 138. Maddesi ile 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 28. maddesine aykırı hareket ettiği anlaşıldığından meni muhakemesine ilişkin olarak verilen il yönetim kurulu kararının bozularak, eylemine uyan **TCK'nun 228. maddesi uyarınca** lüzumu muhakemesine, yargılamasının Asliye Ceza Mahkemesinde yapılmasına... karar verildi." Danıştay 2. Daire, E: 1996/1529, K: 1998/877, K.T. 12.03.1998. <http://www.kazanci.com.tr/>. (E.T. 10.10.2020)

samında nitelendirilemeyecek şekilde mi gördüğünü ortaya koymaktadır.

Kimi daireler, tazminat davası açılmadan evvel 10 yıllık genel zaman aşımı süresi içinde kararın uygulanması için idareye başvurulması gerektiği, İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 10. maddesi kapsamına giren bu başvurunun reddi ya da reddedilmiş sayılması hallerinde altmış gün içinde tazminat davasının açılmasının icap ettiği yönünde hüküm tesis etmektedirler.<sup>71</sup>

Bazı daireler ise idareye başvuru yapılmasını tazminat davasının bir ön koşulu olarak görmemekte, kararın uygulanması için idareye tanınan otuz günlük sürenin beklenmesi gerektiğini ifade etmektedirler. Buna göre idare, otuz gün içinde yargı kararının icaplarına göre işlem ya da eylem tesis etmediğinde, bundan zarar gören kişi altmış günlük genel dava açma süresi içinde tazminat davası açabilmektedir.<sup>72</sup> Danıştay'ın bazı daireleri de yargı kararının uygulanmamasını ne idari işlem ne de idari eylem olarak nitelendirmektedir. Bu tespit önemlidir; çünkü daireye göre bu halde yargı kararının uygulanmaması dolayısıyla tazminat davası açacak kişiler, idari işlem ya da eylemlere karşı açılacak davalardaki süreye ilişkin usul kurallarına tabi olmamaktadırlar. Danıştay'a göre mahkeme kararlarının yerine geti-

<sup>71</sup> “... bu konuda açılacak davalarda, ayrıık durumlar dışında, genel zamanaşımı süresinin esas alınması ve lehine ilam olan ilgilinin ilamın kendisine tebliğinden itibaren 10 yıl içinde idareye başvurarak ilam gereklerinin yerine getirilmesini isteyebileceğinin kabulü gerekir. Başvurmadan sonraki durum ise, 2577 sayılı Yasa'nın 10. ve 11. Maddeleri kapsamında değerlendirilecektir.” Danıştay İDDK., E: 2007/1835, K: 2009/1266/, K.T. 30.04.2009. <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/dsp.php?fn=iddgk-2007-1835.htm&kw=yarg%C4%B1+karar%C4%B1n%C4%B1n+uygulanmas%C4%B1+istemiyle+idareye+genel+zamana%C5%9F%C4%B1m%C4%B1+s%C3%BCresi+i%C3%A7inde#fm>. (E.T. 17.10.2020).

<sup>72</sup> “... Kararların idareye tebliğ tarihinden itibaren otuz gün içinde gereğinin yerine getirileceği, yerine getirilmemesi durumunda ise, bu yargı kararının yerine getirilmemesinden dolayı uğranılan zararın tazmini istemiyle sonraki altmış günlük süre içinde mahkeme kararını yerine getirmeyen idare aleyhine doğrudan tazminat davası açabileceği gibi, uğradığı zararın tazmini istemiyle idareye yapılan başvuru üzerine anılan yasanın 11. maddesinde belirlenen süreler dikkate alınmak suretiyle dava açabileceğini kabul etmek gerekmektedir.” Danıştay 6. Daire, E: 1995/1682, K: 1995/5045, K.T. 13.12.1995. Danıştay Dergisi, S. 91 (1996): s. 600-601.

rilmekten kaçınılması ya da icrasının geciktirilmesi yolundaki davranış, süregelen bir tutumu ifade ettiğinden ve mahkeme kararı zamanın geçmesi ile önemini ve etkisinin kaybetmeyeceğinden, bu halin doğurduğu zararların dava yolu ile talep edilmesinin belli bir süreyle sınırlandırılması mümkün değildir.<sup>73</sup>

Görüldüğü üzere yargı kararlarının uygulanmamasından zarar gören ilgilinin açacak olduğu tazminat davasının süresine ilişkin Danıştay kararları arasında bir birlik bulunmamaktadır. Bu konuya ilişkin olarak daireler arasındaki içtihat farklılığının giderilmesi talebi, Danıştay İçtihadı Birleştirme Kurulu'nun önüne geldiğinde Kurul, yargı kararlarının yerine getirilmemesi nedeniyle uğranılan zararların kesinleşme aşamalarındaki farklılığın değişik değerlendirmeleri mümkün kıldığı gerekçesiyle aykırılığın içtihatların birleştirilmesi suretiyle giderilmesine yer olmadığına karar vermiştir.<sup>74</sup>

<sup>73</sup> “İdarenin mahkeme kararlarına uymak zorunda olduğu ve bu kararları yerine getirmede gecikmemeleri gerektiği Anayasa'nın 138. Maddesinde de ifade edilmiştir. İdare, aleyhine verilen iptal ve tazminat hükümlerini kendiliğinden yerine getirmek zorundadır. İdarenin mahkeme kararlarını yerine getirmekten kaçınması ne idari işlem ne de idari eylem olarak nitelendirilemeyeceğinden bu sebeple açılacak tazminat davalarında idari işlem ve eylemlere ilişkin olarak kanunda yer alan süreye ilişkin hükümlerin uygulanması mümkün görünmemektedir.” Danıştay 4. Daire, E: 1994/3382, K: 1995/1690, K.T. 13.04.1995. Danıştay Dergisi, S. 91 (1996): s. 408-412. “... İdarenin vergi mahkemesi ve Danıştay ilamlarını yerine getirmekten imtina etmesi, ne idari işlem ne de idari eylem olduğundan, bu sebeple açılacak tazminat davalarının 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 7. 10 ve 11. Maddeleri kapsamında görmek mümkün değildir.” Danıştay VDDGK., E. 1992/301, K. 1993/74, K.T. 18.06.1993. <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/dsp.php?fn=vddgk-1992-301.htm&kw=idarenin+mahkeme+kararlar%C4%B1n%C4%B1+yerine+getirmek+ka%C3%A7%C4%B1nmas%C4%B1+ne+idari+i%C5%9Flem+ne+de+idari+eylem+olarak#fm>. (E.T. 17.10.2020).

<sup>74</sup> “... Nitekim, yargı kararlarının yerine getirilmemesi nedeniyle uğranılan zararın kesinleşme aşamalarındaki bu farklılık, zararın tazmini istemiyle açılan davalarda Danıştay daire ve kurullarında farklı değerlendirmeler yapılmasına yol açmış ve kararların farklı şekillerde sonuçlanmasına neden olmuştur. Yargı kararlarının uygulanmamasından kaynaklanan zararın kesinleşme aşamasında ayniyet sağlanması mümkün bulunmadığına, zararın kesinleşme safhası her somut olaya göre değişkenlik gösterdiğine göre, 2577 sayılı Kanun'un 28. Maddesinin 1. Fıkrasında öngörülen sürede işlem tesis etmeyen veya eylemde bulunmayan idarelere karşı açılacak tazminat davalarında usul ve sürelerin belirlenmesi konusunda görüş birliğine varıl-



İdari yargı kararlarının uygulanmaması nedeniyle açılacak tazminat davalarının süresinin belirlenmesine yönelik bir diğer mesele, bu davaların klasik tam yargı davası olarak kabul edilip edilmeyeceğinin tespitine yöneliktir. Bu kapsamda açılacak davaları bir tam yargı davası gibi kabul etmek doğru olmayacaktır. Çünkü burada bir tam yargı davasında olduğu gibi idari eylem ya da idari işlem yoktur. Dolayısıyla, dava açma süresinin belirlenmesinde tam yargı davasına bağlı olunmamaktadır. Bu durumda İdari Yargılama Usulü Kanunu'nda tazminat davaları için dava açma süresi öngörülmediğinden, bu davaların herhangi bir süreyle kayıtlı olmadan açılması gerekmektedir.<sup>75</sup>

İdari yargı kararlarının uygulanmaması halinde zarar gören ilgili tarafından açılacak olan tazminat davasında görevli ve yetkili mahkemenin ne olacağı, ele alınması gereken bir diğer usul kuralıdır. Bu konuda İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 28. maddesinin 3. fıkrasında düzenleme yer almaktadır. Fıkraya göre; Danıştay, bölge idare mahkemeleri, idare ve vergi mahkemelerinin kararları doğrultusunda işlem tesis edilmemesi ya da eylemde bulunulmaması durumunda idare aleyhine tazminat davası, Danıştay ve ilgili idari mahkemede açılabilir. Fıkroda yer alan ilgili idari mahkeme ifadesinden, verdiği karar uygulanmayan yargı yerinin, kararın uygulanmaması nedeniyle açılacak tazminat davasında da görevli olduğu sonucuna varılmaktadır. Başka bir ifadeyle hangi idari mahkemenin kararı uygulanmamışsa, o mahkeme tazminat davasında görevli olmaktadır.

2575 sayılı Danıştay Kanunu'nun 24. maddesinde, Danıştay'ın ilk derece mahkemesi olarak karara bağladığı dava türleri sayılmıştır. Danıştay'ın temyiz mahkemesi olarak değil, ancak ilk derece mahkemesi olarak gördüğü davalarda verdiği kararların uygulanmaması üzerine açılacak tazminat davaları da Danıştay'da karara bağlanmak-

---

*ması olanaksızdır."* Danıştay İçtihatları Birleştirme Genel Kurulu, E: 1996/2, K:1997/2, K.T. 25.12.1997.

<sup>75</sup> Taner Ayanoglu, "İdari Yargı Kararlarının Uygulanmaması Üzerine Açılacak Tazminat Davalarının Süresi", Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, C. 19, S. 1-2 (1999): s. 181.

tadır. Çünkü bu halde uygulanmayan karar, Danıştay'ın ilk derece mahkemesi sıfatıyla baktığı davada verdiği karardır.

Yargı kararının uygulanmamasından doğan tazminat davalarının kime karşı açılacağı; başka bir ifadeyle davalı konumunda kimin olacağı, bir diğer usuli meseledir. Yukarıda açıklandığı üzere, 6526 sayılı Kanun ile İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 28. maddesinde yapılan değişikliklerle, kamu görevlilerine tazminat davası açma imkanı kaldırılmıştır. Bu nedenle tazminat davalarında husumetin yöneltileceği tek kişi idare olmaktadır. Yargı kararının uygulanmaması nedeniyle açılan tazminat davasında davalı konumunda yer alacak idareyi, ilk davada taraf olması değil, ilgili yargı kararını uygulamakla yükümlü olması belirlemektedir.

Husumetle ilgili bu değişiklikten önce, yargı kararının kasıtlı olarak uygulanmaması durumunda dava kamu görevlisinin şahsi kusuruna dayandırılabilirdi. Başka bir ifadeyle, tazminat davası adli yargıda doğrudan kamu görevlisine karşı açılabilirdi. Kanun değişikliği öncesi kamu görevlisine karşı açılan davalar bakımından Yargıtay, kararın uygulanmamasının kamu görevlisinin kişisel kusuru olduğu, bundan dolayı sorumluluğuna gidilebilmesi için ayrıca kastın varlığını araştırmaya gerek olmadığı yönünde hüküm tesis etmekteydi. Bu noktada Yargıtay, kararın salt uygulanmamış olmasının kamu görevlisinin sorumluluğuna gidilebilmesi için yeterli olduğu kanaatindeydi.<sup>76</sup> Yargıtay'ın bu doğrultuda verdiği kararlar incelendiğinde

---

<sup>76</sup> "Uygulamada, yargı kararlarını yerine getirmeyenlerin tazminatla sorumlu tutulacakları kabul edilmekte, kararın otuz gün içinde uygulanmamış olması kişisel sorumluluk için yeterli sayılmaktadır. Yargı kararını uygulamak durumunda bulunanların, kararın eksikliği veya yanlışlığını tartışma yetkileri bulunmadığı gibi bu kararları eksik uygulamaları, uygulamış gibi davranarak işleme yapay bir görüntü vermeleri de kararın uygulandığı sonucunu doğurmaz. Kararın 30 gün içinde uygulanmamış olması kişisel sorumluluk için yeterli sayılmaktadır. Gerek öğretide, gerekse sapma göstermeyen yargısal içtihatlarda yargı kararlarını uygulamamanın, salt kişisel kusuru oluşturacağı benimsenmiştir... Diğer anlatımla sorumluluk için idarenin ve kamu görevlisinin ayrıca kin, garez, husumet ve benzeri duyguların etkisi altında hareket ettiklerinin araştırılmasına gerek yoktur. Salt yargı kararlarının yerine getirilmemesi sorumluluk için yeterli bir unsurdur". Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, E. 2013/4-1553, K. 2015/11, K.T. 14.01.2015. <https://legalbank.net/belge/y-hgk-e-2013-4-1553-k-2015-11-t-14-01-2015->

dayanak olarak Yargıtay İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu'nun 24.09.1979 tarihli ve 7/2 sayılı kararına atıf yaptığı görülmektedir. Söz konusu kararda, yargı kararını yerine getirmeyen kamu görevlisinin sorumluluğunun bulunduğu belirtilerek, yürütmenin durdurulması ve iptal kararlarının yalnızca uygulanmamasının bu kararları uygulamayan kamu görevlilerinin, zararın gerçekleşmesi halinde tazminatla sorumlu tutulabilmesi için yeterli olduğu, sorumluluk için ayrıca kin, garez, husumet ve benzeri duyguların etkisi altında hareket ettiklerinin araştırılmasına gerek olmadığı belirtilmiştir.

Kanunda, mahkeme kararlarının süresi içinde kamu görevlilerince yerine getirilmemesi halinde tazminat davasının ilgili idare aleyhine açılabileceği hüküm altına alınmış olsa da Yargıtay, tüm davaların açıldığı tarihteki yasal düzenlemelere tabi olduğunu, ilgili yasa değişikliğinin yürürlük tarihinden sonra açılan davalar için uygulanabileceğini, daha önce açılmış davalar yönünden kamu görevlisine husumet yöneltebileceğinin kabulünün gerektiği yönünde kararlar vermektedir. Dolayısıyla yargı kararlarının uygulanmaması nedeniyle açılan dava, ilk derece mahkemeleri tarafından reddedildikten sonra kanun yoluna başvuru kapsamında Yargıtay'ın önüne geldiğinde Yüksek Mahkeme, başvurunun kanun değişikliğinden sonra yapılmış olması halinde dahi, görev yönünden kararı bozmamakta, davanın esasını incelemektedir.<sup>77</sup>

Sorumluluğa ilişkin açılacak tazminat davalarında incelenmesi gereken bir diğer konu, tazminatın konusu ve miktarının ne olacağıdır. İdari yargı yerleri tarafından verilen kararların icaplarına göre işlem tesis edilmemesi ya da eylemde bulunulmaması dolayısıyla ilgililerin zarar görmesi söz konusu olabilir. Bu zarar maddi nitelikte

---

yargi-kararinin-uygulanmaması-sebebiyle-kisilik-haklarına/1487099/. (E.T. 18.10.2020). Benzer Kararlar İçin Bkz: Yargıtay HGK. E. 2009/4-453, K. 2009/553, K.T. 25.11.2009; E. 2008/4-464, K. 2008/465, K.T. 02.07.2008; E. 2003/6439, K. 2003/11936, K.T. 20.10.2003; E. 2002/13052, K. 2003/3688, K.T. 27.03.2003.

<sup>77</sup> Yargıtay 4. HD., E. 2014/16029, K. 2015/911, K.T. 26.01.2015. <https://legalbank.net/belge/y-4-hd-e-2014-16029-k-2015-911-t-26-01-2015-idari-yargi-kararinin-uygulanmaması-nedeniyle-tazminat-i/1468629/>. (E.T. 18.10.2020).

olabileceği gibi manevi de olabilir. Dolayısıyla yargı kararının uygulanmaması nedeniyle uğranılan zararın tazmini istemiyle açılacak dava maddi tazminat davası olabileceği gibi, manevi tazminat davası da olabilir. Ya da her iki zarar birlikte dava konusu yapılabilir. Nitekim İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 28. maddesinin 3. fıkrası, idari yargı yerleri kararlarına göre işlem tesis edilmeyen ya da eylemde bulunulmayan hallerde, idare aleyhine maddi ve manevi tazminat davası açılabilceğini düzenlemekle, tazminatın konusunun hem maddi hem de manevi olabileceğini hüküm altına almıştır.

İdari Yargılama Usulü Kanunu, yargı kararlarının uygulanmamasının yaptırımını olarak sadece tazminat davasını kabul etmemiştir. Kanun aynı zamanda 28. maddesinin 6. fıkrasında faiz hususunu da düzenlemiştir. Buna göre tazminat davalarında, mahkeme kararının tebliğ tarihi ile ödeme tarihi arasında geçecek süreye, 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsili Usulü Hakkında Kanun'un 48. maddesine göre belirlenen tecil faizi oranında hesaplanacak faiz ödenir. Yani kararın idareye tebliğ tarihinden, kararda hüküm altına alınan tazminatın ilgiliye ödendiği tarihe kadar geçen süre dikkate alınarak tecil faizi ödemesi yapılmaktadır. Bu bakımdan idare hem tazminatı hem de tazminatla birlikte ödeme tarihine kadar faizi ödemekle yükümlüdür.

## **SONUÇ**

Hukuk devletinin en önemli gereklerinden biri, devlet organlarının yargısal denetime tabi olmasıdır. Bu sayede kendilerine kamu gücü kullanma yetkisi verilen bu organların keyfi davranmasının önüne geçilmekte, kişilerin hak ve özgürlüklerinin devlet tasarrufları karşısında korunması mümkün olmaktadır. Hukuka aykırı bir işlem tesis ettiğinde ya da eylemde bulunduğunda yargısal denetim ile karşı karşıya geleceğini bilen devlet organları da bu denetim sayesinde kendisini hukukla bağlı görerek, hukukun çizdiği sınırlar içerisinde kalma eğilimi gösterecektir. Devlet organları içinde yer alan idare, günlük hayatta kişiler ile en çok etkileşim içinde bulunan, kamu gücü-

ne dayanarak hukuk düzeninde değişiklik meydana getiren, tek taraflı ve icrai işlemler ile eylemler yapabilme gücünü elinde bulunduran organdır. Bundan dolayı idarenin hukuk devleti ilkesi gereğince denetlenmesi ayrı bir öneme sahiptir.

Hukuk düzeninin korunması bakımından idari yargı yerlerince idarenin işlem ve eylemleri üzerinde yargısal denetim yapılması gerekmektedir. Ancak söz konusu düzenin korunması için sadece idari yargı yerlerinin bir karar vermesi yeterli değildir. İdarenin yargısal denetiminin anlamlı hale gelebilmesi, idari yargı yerlerince verilen kararın uygulanması suretiyle mümkündür. Bunun için idare, yargı kararlarının gerekleri doğrultusunda işlem tesis etmeli ya da eylemde bulunmalıdır. Söz gelimi hukuka aykırı bir işlemin iptal edilmesi halinde bunun gereğine göre işlemler tesis etmeli, tam yargı davalarında verilen kararlar için hükmedilen tazminatı ya da hakkı ilgiliye vermelidir. Nitekim bu hususların yerine getirilmesi idare için hem Anayasa hem de İdari Yargılama Usulü Kanunu'ndan kaynaklanan bir zorunluluktur.

İdari yargı kararlarının uygulanmasına ilişkin güvence, İdari Yargılama Usulü Kanunu ile sağlanmıştır. Kanununun 28. maddesine göre, yargı kararları idare tarafından gecikmeksizin yerine getirilmek zorundadır. Bu süre ise kararın idareye tebliğinden itibaren hiçbir şekilde otuz günü geçemez. Yargı kararının uygulanmaması nedeniyle bundan zarar gören ilgililerin, idare aleyhine maddi ve manevi tazminat davası açma hakları bulunmaktadır. Kararların uygulanmaması kamu görevlilerinin kusurlu davranışlarından ileri gelse dahi tazminat davası ancak ilgili idare aleyhine açılabilecektir.

Kanunun ilgili hükmü, yargı kararlarının uygulanmaması durumunda açılacak tazminat davalarına ilişkin genel bir kural koymaktadır. Ancak bu davalarda uygulanacak yargılama usulüne ilişkin kimi hususların Kanunda açıkça yer alması, muhtemel hak kayıplarının önüne geçilebilmesi için yararlı olacaktır. Söz gelimi tazminat davalarının hangi süre içinde açılması gerektiği, ilgili hükümde yer almaktadır. Bu husus, yargı kararlarında da farklılıklar göstermektedir.

Söz konusu durum ise yargı kararının uygulanmamasından zarar gören ilgililerin kimi zaman açtıkları davaların süreden reddedilmesi sonucunu doğurmaktadır. Dolayısıyla böyle bir sonuç, ilgililerin hak kaybına uğramalarına neden olmaktadır. Bu nedenle Kanunun ilgili hükmünün yarattığı boşluğun giderilmesi gerekmektedir.

İdari yargı kararlarının yerine getirilmesi açısından, sadece kararın uygulanmasına yönelik birtakım tedbirlerin öngörülmesi, kararların uygulanması açısından yararlı görülebilir. Bu amacı sağlamak adına; kararın uygulanıp uygulanmadığının kararı veren mahkemece denetlenmesi elverişli bir yol olarak öngörülebilir. Bu sayede idare, yargı kararlarını uygulamak bakımından denetim altında olduğunu bilir ve kararın gereklerini yerine getirebilir. Bu çerçevede, verilen kararın uygulanıp uygulanmaması noktasında denetim yapacak, her mahkemenin bünyesinde teşkilatlanacak bir iç denetçilik kurumunun varlığı kabul edilebilir.

Fransız İdari Yargı Sistemi'nde kabul edilen yargısal emir müessesesi<sup>78</sup>, Türk İdari Yargı Sistem'inde de bu hususta bir çözüm aracı olarak kullanılabilir. Yargısal emir, yargı kararının uygulanması amacıyla bu kararın uygulanma biçimine ya da nasıl uygulanacağına ilişkin ek bir hükmüdür. Bu bakımdan idareye yol gösterici bir etkiye de sahiptir. Yargısal emir müessesesinin Türk İdari Yargı Sistemi'nde uygulanma kabiliyeti olup olmadığı, Anayasa ve kanunlarda yer alan çeşitli hükümler nedeniyle, tartışmalıdır. Tartışmaya yol açan husus, Anayasa'nın madde 125/4 hükmü ile İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun madde 2/2 hükmüdür. Her iki hükmün ortak düzenlemesi, idari yargıcın idari işlem ve eylem niteliğinde karar veremeyeceği veya verilen kararın idarenin takdir yetkisini kaldıramayacağı yönündedir. Esasen her yargısal hüküm, özünde bir emri barındırmaktadır. Bunun sebebi; hükmün, soyut anlamdan somut manaya kavuşması ihtiyacından doğmaktadır.<sup>79</sup> Başka bir ifadeyle, hüküm sonucunda

<sup>78</sup> Fransız idari yargı sisteminde kabul edilen yargısal emir kurumunun geniş bilgisine ulaşmak için bkz: Ahmet Akbaba, "Fransız İdari Yargı Sistemine Bir Bakış", Ankara Barosu Dergisi, S. 2 (2014): 435-463.

<sup>79</sup> Uler, s. 115

ortaya çıkan hukuki durumun fiili duruma yansımaları idari yargıcın vereceği emir ile gerçekleşir. Bu sayede ise yargılama işlevi pratikte anlamlı hale gelir. Ancak verilen yargısal emrin, kararın uygulanması kapsamında olması önemlidir. Bu açıdan pozitif hukuk düzenlemeleri çerçevesinde, yukarıda zikredilen hükümlerin yargısal emir müessesesinin uygulanmasına bir engel değil, bir sınır olduğu ifade edilmelidir. Başka bir ifadeyle, ilgili hükümlerin anlamı ve işlevi korunarak yargıcın emir vermesi kabul edilebilir. Yargısal emir, idarenin takdir yetkisi sahasını daraltsa da bu yetkisini kullanamaz duruma getirmemeli ayrıca, verilen emir idari eylem ve işlem niteliğinde olmamalıdır.<sup>80</sup> Nitekim idari yargıcın, idare yerine geçerek işlem ve eylemlerde bulunması ya da buna ilişkin Anayasal hükmün ortadan kaldırılması başka hukuki problemlere neden olacaktır. Bir kere, hukuk devletinin gereklerinden biri olan ve Anayasa'nın başlangıç bölümünde de ifade edilen kuvvetler ayrılığı ilkesine aykırılık meydana gelecektir. Ayrıca, egemenlik yetkisinin düzenlendiği Anayasa'nın 6. maddesinde yer alan, "Hiçbir kimse veya organ kaynağını Anayasa'dan almayan bir Devlet yetkisi kullanamaz" hükmü de işlevini yitirecektir.<sup>81</sup> Dolayısıyla yargısal emir müessesesini uygulamak, idari yargı kararlarının etkinliğini sağlamak açısından gereklidir. Ancak yukarıda bahsi geçen hükümlerin işlevi, anlamı ve diğer Anayasal hükümler ile ilişkisi, bu müessesenin uygulanma sınırı olmalıdır.

Bunlarla birlikte, yaptırımların her zaman daha caydırıcı olacağından bahisle, yargı kararının gereklerine uyulmaması durumunda kararı veren mahkemece bazı yaptırımların öngörülmesi hususu düzenlenebilir. Bu yaptırımlar, kararın uygulanmamasından zarar gören ilgili tarafından açılan tazminat davasının aksine, henüz bir zarar iddiası ortaya çıkmadan, sırf yargı kararının uygulanmadığı gerekçesiyle idareye verilecek cezaları kapsamak şeklinde düzenlenebilir. Söz

---

<sup>80</sup> Anayasa'nın 125/4 maddesinde yer alan, idari işlem ve eylem niteliğinde yargı kararı verilemeyeceğine dair hükmün, yargı kararının etkinliği ve sonuçlarını kısıtlamak olduğu; ve, bu yönüyle hukuk devleti ilkesine uygun düşmediği yönündeki görüş için bkz: Turan Yıldırım (ed.), İdare Hukuku, 6. Baskı, On iki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017, s. 921-922.

<sup>81</sup> Uler, s. 116.

gelimi, yargı kararının uygulanmasını güçlendirmek adına zorlayıcı para cezalarının etkisi değerlendirilmelidir.<sup>82</sup>

2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 28. maddesi 2014 yılında değişikliğe uğramış ve bu doğrultuda, yargı kararlarının uygulanmaması nedeniyle zarar gören ilgililerin, kamu görevlisi aleyhine dava açma imkanları kalmamıştır. Dolayısıyla ilgililer yargı kararının uygulanmaması dolayısıyla uğradıkları zararlar için yalnızca idareye karşı dava yoluna gidebilmektedirler. Söz konusu düzenleme kanımızca, kimi yönden avantajlı kimi yönden ise sakıncalıdır. Şöyle ki, ilgililerin muhataplarının idare olması zararlarının giderilmesi bakımından bir güvence teşkil eder. Fakat bunun yanında sakınca teşkil eden husus, kamu görevlisinin ilgiliye karşı doğrudan bir sorumluluğunun bulunmamasıdır. Kamu görevlisinin sorumluluğu, rücu ilişkisi çerçevesinde idareye karşıdır. Dolayısıyla burada kamu görevlisinin yükümlülüklerinin farkında olabilmesi adına, rücu mekanizmasının etkinliğinin artırılması gerekmektedir. Bu doğrultuda idareyi, bu yola başvurmaya zorlayan mekanizmaların getirilmesi düşünülebilir.

Esasen hukuk devleti olarak kabul edilen bir düzende, yargı kararlarının uygulanmamasına yönelik çareler arar konumunda olmak da üzücüdür.<sup>83</sup> Nitekim bir hukuk devletinde faaliyet gösteren, idarenin temsilcisi olan kamu görevlilerinin hukuk devletinin manasını kavramış kişiler olması gerekir. Başka bir ifadeyle, hukuka aykırı bir işlem tesis ettiği ya da eylemde bulunduğu mahkeme kararı ile sabit olan idarenin, bu kararın gereklerinin yerine getirilmediğinde hem ilgili kişileri hem de Devleti zarara uğratacağının farkında olan ve bunun önemini kavrayan kamu görevlilerine sahip olması elzemdir.

---

<sup>82</sup> Zorlayıcı para cezaları ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz: Bülent Kent, "İdari Yargıda Mahkeme Kararlarının Uygulanmasını Güçlendirici Alternatif Mekanizma Olarak Para Cezası", Ankara Barosu Dergisi, S. 4(2011), s. 45-66.

<sup>83</sup> Turan Yıldırım, "Yargı Kararlarının Uygulanmaması Sorunu", **İdari Yargının Yeniden Yapılandırılması ve Karşılaştırılmalı İdari Yargılama Usulü Sempozyumu 133. Yıl**, 2001, s. 153.



## **KAYNAKÇA**

- Akbaba, Ahmet, “Fransız İdari Yargı Sistemine Bir Bakış”, Ankara Barosu Dergisi, S. 2 (2014): 435-463.
- Akyılmaz, Bahtiyar, “Yargı Kararının Yerine Getirilmemesinden Doğan Sorumluluk”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XI, S. 1-2 (2007): 449-469.
- Akyılmaz, Bahtiyar, Murat Sezginer ve Cemil Kaya, Türk İdari Yargı-lama Hukuku, Ankara: 1. Baskı, Savaş Yayınevi, 2018.
- Aliefendioğlu, Yılmaz, “Danıştay Kararlarına Uyulması”, Danıştay Der-gisi, S. 16-17 (1975) 16-21.
- Altay, Evren, “İdari Yargı Kararlarının Uygulanmaması Sorunu”, Anka-ra Barosu Hukuk Kurultayı (2000): 358-363.
- Altay, Evren, “Yargı Kararlarının Uygulanması”, Danıştay ve İdari Yar-gı Günü 139. Yıl Sempozyumu, Danıştay Tasnif Bürosu ve Yayın-ları (2007): 111-134.
- Altay, Evren, İdari Yargı Kararlarının Uygulanmamasından Doğan Uyuşmazlıklar, Ankara: Turhan Kitabevi, 2004.
- Ayanoğlu, Taner, “İdari Yargı Kararlarının Uygulanmaması Üzerine Açılacak Tazminat Davalarının Süresi”, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, C. 19, S. 1-2 (1999): 161-181.
- Candan, Turgut, Açıklamalı İdari Yargılama Usulü Kanunu, Ankara: 7. Baskı, Yetkin Yayınları, 2017.
- Çağlayan, Ramazan, İdari Yargı Kararlarının Sonuçları ve Uygulanma-sı, Ankara: 3. Baskı, Asil Yayıncılık, 2004.
- Çağlayan, Ramazan, İdari Yargılama Hukuku, Ankara: 9. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2017
- Erdoğdu, Ahmet, “Yönetsel Yargı Kararlarının Yerine Getirilmesi”, Danıştay Dergisi, S. 1 (1976): 10-21.

- Gözübüyük, Şeref, “İptal İlamlarının İnfazı ve Danıştay’ın Tutumu”, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, C. 16, S. 2 (1961): 119-126.
- Gözübüyük, Şeref, Yönetmelik Yargı, Ankara: 35. Bası, Turhan Kitabevi, 2016.
- Gözübüyük, Şeref, Güven Dinçer, İdari Yargılama Usulü (Kanun-Açıklama-İçtihat), Ankara: Turhan Kitabevi, 1996.
- Gözübüyük, Şeref, Turgut Tan, İdare Hukuku C. II (İdari Yargılama Hukuku), Ankara: 8. Baskı, Turhan Kitabevi, 2016.
- Günday, Metin, “İdari Yargı Kararlarının Uygulanmaması Sorunu”, Ankara Barosu Hukuk Kurultayı (2000): 351-357.
- Günday, Metin, İdare Hukuku, Ankara: 11. Baskı, İmaj Yayınevi, 2017.
- Kaplan, Gürsel, İdari Yargılama Hukuku, Bursa: 2. Baskı, Ekin Basın Yayın Dağıtım, 2017.
- Karavelioğlu, Celal, İdari Yargılama Usulü Kanunu, Ankara: 9. Baskı, Adalet Yayınevi, 2016.
- Kaya, Cemil, İdari Yargı Kararlarının Uygulanması Konusuna Danıştay’ın Yaklaşımı (İYUK Madde 28 Üzerine Bir İnceleme), İstanbul: Legal Yayıncılık, 2011.
- Kıratlı, Metin, “Yürütmenin Durdurulması”, Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, C. XXI, S. 4 (1966): 173-196.
- Mumcu, Uğur, “Türk Hukukunda İptal Kararlarının Yerine Getirilmesi ve Sorumluluk”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 27, S. 3-4 (1970): 97-128.
- Onar, Sıddık Sami, İdare Hukukunun Umumi Esasları C. III, İstanbul: 3. Bası, İsmail Akgün Matbaası, 1966.
- Ozansoy, Cüneyt, “Tarihsel ve Kuramsal Açısından İdarenin Kusurdan Doğan Sorumluluğu”, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 1989.

- Özay, İlhan, *Günüşiğında Yönetim*, İstanbul: 3. Baskı, Filiz Kitabevi, 2017.
- Özbey, Özcan, “İdari Yargı Kararlarının Uygulanmamasından Doğan Hukuki ve Cezai Sorumluluk”, *Ankara Barosu Dergisi*, Y. 67, S. 4 (2009): 45-63.
- Özbudun, Ergun, *Türk Anayasa Hukuku*, Ankara: 15. Baskı, Yetkin Yayınları, 2014.
- Özeren, Ahmet Şükrü, Taci Bayhan, *İdari Yargı Kararlarının Uygulanması*, Ankara: 1992.
- Sarıca, Ragıp, *İdari Kaza C. I İdari Davalar*, İstanbul: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1949.
- Tuncay, Aydın H., Orhan Özdeş ve Recep Başpınar, “İdari Yargılama Usulü”, *Yüzyıl Boyunca Danıştay*, Ankara: Danıştay Yayını, 1968.
- Uler, Yıldırım, *İdari Yargıda İptal Kararlarının Sonuçları*, Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1970.
- Yıldırım, Turan, “Yargı Kararlarının Uygulanmaması Sorunu”, *İdari Yargının Yeniden Yapılandırılması ve Karşılaştırılmalı İdari Yargılama Usulü Sempozyumu 133. Yıl, Danıştay Tasnif ve Yayın Bürosu Yayınları* (2001): 153-163.
- Yıldırım, Turan, *İdari Yargı*, İstanbul: 1. Baskı, Beta Basım Yayım Dağıtım, 2008.

## **YARGITAY KARARLARI IŞIĞINDA SİĞARA KAÇAKÇILIĞI SUÇU**

*The Crime of Cigarette Smuggling In The Light Of Supreme Court Decisions*

**Orbay Bahri ULGAR\***

### **ÖZET**

Sigaranın çok yaygın tüketilmesi, kaçak sigaranın kolay paraya çevrilebilmesi ve terör örgütlerinin en önemli gelir kaynakları arasında olmasından dolayı ülkemizin en başta gelen kaçakçılık konusunu sigara oluşturmaktadır. Sigara kaçakçılığı suçunda failin amacı kazanç sağlama olmalıdır. Suçun sonucu olarak vergi kaybı yaşadığı için devlet suçun mağdurudur. Kaçak sigara ve tütün mamulleri ile ilgili suçlar hakkındaki düzenlemeler yapılan değişikliklerle tek kanun olarak 5607 sayılı kanunda toplanmasıyla kaçakçılıkla mücadelenin etkin bir şekilde yapılması ve uygulamadaki sıkıntıların giderilmesi açısından fayda sağlanmıştır. 15.04.2020 tarihinde yürürlüğe giren 7242 sayılı kanunla yapılan değişiklikle 5607 sayılı kanunun 5/2. maddesinde düzenlenen etkin pişmanlık müessesesinin eleştiri konusu yapılan soruşturma evresiyle sınırlı tutulmasına ilişkin uygulamadan vazgeçilerek kovuşturma evresini de kapsayacak şekilde genişletilmiştir.

---

\* Yargıtay Cumhuriyet Savcısı, E-Posta: orbayulgar@hotmail.com, Orcid: 0000-0001-9407-2221

Aynı kanun değişikliğiyle mülga 765 sayılı Türk Ceza Kanununda kullanılan suç konusu eşyanın değerinin “hafif” ya da “pek hafif” olması kavramları Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu terminolojisine dahil olmuştur. Çalışmada sigara kaçakçılığı suçuna ilişkin hususlar, doktrindeki görüşler ile birlikte Yargıtay kararları ışığında ele alınacaktır.

**Anahtar Kelimeler:** Sigara ve sigara kaçakçılığı suçu, özel ticari kasıt, suçun nitelikli halleri, hafif ya da pek hafif değer, etkin pişmanlık

## **ABSTRACT**

Cigarettes represent the primary subject of smuggling for our country, due to the very widespread smoking rates, how easily smuggled cigarettes can be converted into cash and the fact that they are among the most important source of income for the terrorist organizations. In the case of cigarette smuggling, the motivation of the offender must be deriving profit. The state becomes the victim of such crimes, as a result of suffering from a tax loss. A beneficial action has been taken with regard to an effective fight against smuggling and overcoming the problems in practice when the regulations on crimes related to smuggled cigarettes and tobacco products, including the applied amendments, were collected as a single act under the law no.5607. Following the amendment introduced by the law no.4545, which entered into force on 10.04.2020, the application of restricting the effective repentance, regulated by article 5/2 of the Law no.5607, with the investigation stage that became the target of criticisms, was abandoned and extended to cover the prosecution stage. The concepts of “low” or “very-low” for the value of the smuggled items that are the subject of crime, as used in the former Turkish Penal Code No.765, have been included in the Anti-Smuggling Law terminology with the same amendment. In the study, the points regarding cigarette smuggling will be addressed in the light of both doctrinal views and the decisions of the Supreme Court.

**Key Words:** Cigarette and crime of cigarette smuggling, specific commercial intent, qualified cases of crime, low or very-low value, effective repentance

## **GİRİŞ**

Sigara kaçakçılığının maddi konusunu sigara oluşturmaktadır. Kaçakçılık fiilleri coğrafi, politik, ekonomik, ticari ve sosyal etkilere bağlı olarak işlendiği yer ve zamana göre farklılık gösterebilir<sup>1</sup>. Sigara ülkemizde çok yaygın tüketilen bir ürün olması, kolayca paraya çevrilebilmesi ile organize suç ve terör örgütlerinin önemli bir finans kaynağı olması nedeniyle kaçakçılığa en çok konu edilen maddedir.

Türkiye’de sigara üzerinden yüksek oranlı dolaylı vergi alınmaktadır. Bu yüksek vergi oranı tütün kullanımını azaltmak için en etkin sağlık kontrol yolu ve aynı zamanda devlete önemli kamusal gelir imkanı verse de, yüksek sigara fiyatları vergisiz kaçak sigaraları tüketme eğilimine yol açmaktadır<sup>2</sup>.

Sigara kaçakçılığı suçunda fail vergi ödemeyerek haksız kazanç elde etmek istemektedir. Suçun mağduru olan devlet vergi kaybına uğramaktadır. Kaçakçılık suçlarıyla mücadele amacıyla 5607 sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu düzenlenmiştir. 4733 sayılı kanun metninde bulunan sigara kaçakçılığına ilişkin hükümler bu kanundan çıkartılarak 5607 sayılı kanuna aktarılmıştır. Bu şekilde sigara kaçakçılığına ilişkin düzenlemeler tek kanun altında toplanmıştır.

Kaçakçılık suçları mevzuatında çok fazla yasal değişiklik yapılması ve konusu itibariyle karmaşık bir yapıya sahip olmasının etkisiyle uygulamasında çok fazla hata yapılmaktadır.

<sup>1</sup> Arslan, Çetin/ Balan, Arzu; “Gümrük Kaçakçılığı Suçunun Nitelikli Hali Olarak Ülkeye Kaçak Akaryakıt Sokma Fiili”, *D.E.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi*, Prof. Dr. Durmuş TEZCAN’a Armağan, C.21, Özel Sayı, 2019, s.5

<sup>2</sup> Uğur, Alparslan / Kömürçüler, Emin; “Türkiye’de Sigaranın Vergilendirilmesinin Etkinliği”, *Süleyman Demirel Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi*, Y.2015, C.20, S.4, s. 328-330

Çalışmamızda öncelikle ülkemizdeki kaçakçılık suçları ve konuları hakkında genel bir bilgi ile bu güne kadar sigara kaçakçılığına ilişkin yapılan kanuni düzenlemeler hakkında bilgi verilecek, daha sonra yürürlükte bulunan 5607 sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanununun sigara kaçakçılığına ilişkin bölümleri ayrıntılı olarak ele alınacaktır. Konuyla ilgili hukuki düzenlemelerin yanında teorik ve doktrindeki görüşler ile Yargıtay'ın uygulamaları ele alınacaktır.

## **I- GENEL OLARAK KAÇAKÇILIK SUÇLARININ DEĞERLENDİRİLMESİ**

Türk Dil Kurumuna göre kaçakçılık *“Bir devletin yasalarına karşı gelerek yapılan ticaret; sonrasında kaçakçıların yaptığı iş, gizli olarak sezdirmeden yapılan kaçırma işi; daha sonra da vergi vermeden, düzen kullanarak yasalarca alım satımı yasak edilen nesnelere yurda sokma, yurttan çıkarma, gizlice alıp satma ve bundan bir kazanç sağlama eylemi olarak”* tarif edilmektedir<sup>3</sup>.

Türkiye'nin de onayladığı Dünya Sağlık Örgütü Tütün Kontrolü Çerçeve Sözleşmesinin 1/a maddesinde, kaçakçılık *“üretim, yükleme ve taşıma, alım, mülkiyet, dağıtım, satış veya satın alma ve bunları kolaylaştıracak her türlü girişimle ilgili olarak yasalarca yasaklanmış uygulama veya davranışı ”* olarak tanımlanmıştır.

Devletlerin çeşitli gelir kaynakları vardır. Bunlardan en önemlilerinden birisi de vergi gelirleridir. Ülke içerisinde ürünlerin piyasaya arz usulleri, ihracı ve ithalini belli esaslara bağlayarak kaçak olarak yapılmak istenen işlemlerin engellenmesi ve denetimi ile bunlardan alınması gereken vergilerin toplanması amaçlanır.

Ticari mahiyeti ve değeri olan canlı cansız her şey kaçakçılığın konusunu oluşturabilir.

Emniyet Genel Müdürlüğü, Kaçakçılık ve Organize Suçlarla Mücadele Daire Başkanlığının (KOM) Mayıs 2019 yılında yayınlanan Ka-

<sup>3</sup> <https://sozluk.gov.tr/> “Erişim Tarihi: 28/10/2020”

çakçılık ve Organize Suçlarla Mücadele 2018 Raporunda<sup>4</sup> belirtilen kaçakçılık olay ve şüpheli sayıları 2017-2018 mukayesesi, 2018 yılı Türkiye geneli ele geçen kaçak eşya miktarları ve 2018 yılında en fazla kaçak sigara ele geçirilen 10 ilin bulunduğu istatistiki bilgiler aşağıda sunulmuştur. Buna göre;

| <b>2018 Yılında<br/>En Fazla Kaçak Sigara Ele Geçirilen 10 İl</b> | <b>2018 Yılı<br/>Türkiye Geneli Ele Geçen Kaçak Eşya Miktarları</b> |
|---|---|
| 1-Mardin----- 2.264.439 (Paket)                                   | Sigara ----20.119.986 Paket   |
| 2-İstanbul---- 1.811.822 (Paket)                                  | Akaryakıt---3.323.935 Litre   |
| 3-Ağrı----- 1.586.000 (Paket)                                     | Cep Telefonu--5.190 Adet  |
| 4-Şanlıurfa--- 1.550.247 (Paket)                                  | Tarihi Eser/Sikke---70.372  |
| 5-Gaziantep-- 1.468.371 (Paket)                                   | Muhtelif Gıda-----159.453 kg  |
| 6-Van----- 1.285.439 (Paket)                                      | İlaç/Hap----5.526.580 Adet  |
| 7-Adana----- 1.206.223 (Paket)                                    |   |
| 8-Şırnak----- 778.984 (Paket)                                     |   |
| 9-Diyarbakır-- 769.193 (Paket)                                    |   |
| 10-Ankara----- 767.238 (Paket)                                    |   |

-----

<sup>4</sup> Emniyet Genel Müdürlüğü KOM Daire Başkanlığı, *Kaçakçılık ve Organize Suçlarla Mücadele 2018 Raporu*, KOM Yayınları, Ankara 2019, s.37, 51



### Kaçakçılık Olay ve Şüpheli Sayıları 2017-2018 Mukayesesi

| <b>KAÇAKÇILIK</b>                          | <b>2017<br/>OLAY</b> | <b>2018<br/>OLAY</b> | <b>2017<br/>ŞÜPHELİ</b> | <b>2018<br/>ŞÜPHELİ</b> |
|--|----------------------|----------------------|-------------------------|-------------------------|
| Tütün(sigara)<br>Mamulleri<br>Kaçakçılığı  | 10.287               | 8.261                | 13.934                  | 11.725                  |
| Akaryakıt<br>Kaçakçılığı                   | 527                  | 632                  | 941                     | 1.984                   |
| Alkollü İçki<br>Kaçakçılığı                | 956                  | 1.346                | 1.472                   | 2.097                   |
| Eşya (Emtia)<br>Kaçakçılığı                | 1.831                | 2.204                | 3.689                   | 3.130                   |
| Kültür Tabiat<br>Varlıkları<br>Kaçakçılığı | 498                  | 604                  | 997                     | 1.251                   |

Bu tablolardan da anlaşılacağı üzere, kaçakçılığa en çok konu edilen ürünün sigara olduğu anlaşılmaktadır. Olay ve şüpheli sayısının da diğer kaçakçılık türlerine göre bariz bir şekilde fazla olduğu görülmektedir. Sigara kaçakçılığının ülkemizde daha yaygın olmasının başlıca nedenleri olarak tüketiminin çok fazla olması, her yerde ulaşılabilmesi, kolay paraya çevrilebilmesi, taşınmasının ve saklanması basitliği, ayrıca kaçak sigaranın organize suç ve terör örgütlerinin en önemli gelir kaynakları arasında olması sayılabilir. Tablodaki şehirlerle bakıldığında kaçak sigaranın daha çok doğu ve güneydoğu sınırlarından ülkemize sokularak pazarlandığı anlaşılmaktadır.

## II- SİGARA KAÇAKÇILIĞI SUÇU

### 1- SİGARA KAÇAKÇILIĞINA İLİŞKİN YAPILAN KANUNİ DÜZENLEMELER

Kaçakçılık türlerinden biri olan sigara kaçakçılığı suçunu da kapsayan ve yürürlüğe konulan ilgili kanunlar, hızla gelişen teknolojiler ile uygulamada daha önceden öngörülemeyen yeni kaçakçılık usullerinin etkisiyle bu suçlara ilişkin yeni önlemlerin alınması ve kanunların yeniden düzenlenmesini gerekli kılmıştır.

**Ülkemizde sigara kaçakçılığına ilişkin bu güne kadar yapılan yasal düzenlemeler incelediğimizde;**

-Sigara kaçakçılığıyla mücadeleye ilişkin ilk düzenleme 07.01.1932 tarih ve 1918 sayılı Kaçakçılığın Men ve Takibine Dair Kanun olmuştur.

-19.07.2003 tarihinde ise 1918 sayılı kanun yerine yürürlüğe giren 4926 sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu kabul edilmiştir. Bu suçla ilişkin kanunun 3 ve 4. maddelerinde düzenlemeler yer almaktaydı.

-01.06.2005 tarihinde yürürlüğe giren 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu ve 5326 sayılı Kabahatler Kanunu ile 4926 sayılı kanunun suç ve kabahate ilişkin düzenlemelerinin uyumlu hale getirilmesi amacıyla da 4926 sayılı kanunu ilga ederek 31.03.2007 tarihinde yürürlüğe giren yeni 5607 sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanununda sigara kaçakçılığına ilişkin düzenlemeler yer almıştır.

-5607 sayılı kanunun yanı sıra sigara kaçakçılığına ilişkin olarak yeni bir düzenleme öngören 5752 sayılı kanun ile değişik 4733 sayılı kanunun 8/4. maddesi 15.04.2008 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

Mülga 4733 sayılı kanunun 8/4. maddesinde; *"Ambalajlarında bandrol, etiket, hologram, pul, damga veya benzeri işaret bulunmayan ürünleri ya da taklit işaretleri taşıyan ürünleri ticari amaçla bulunduran, nakleden, satışa arz eden veya satanlar ile ambalajları üzerinde bulunan ürün bilgileri ile bandrol, etiket, hologram, pul, damga veya*

*benzeri işaretlerin içerdiği bilgilerin farklı olması halinde, bu ürünleri üreten veya ithal edenlere iki yıldan beş yıla kadar hapis ve beşbin güne kadar adlî para cezası ile cezalandırılır."* şeklinde düzenleme yer almaktaydı.

-Mülga 4733 sayılı kanunun 8/4. maddesinde yer alan suçun konusunu ambalajlarında bandrol, etiket, hologram, pul, damga veya benzeri işaret bulunmayan ya da taklit veya niteliğine uygun olmayan işaretler taşıyan tütün ve alkol ürünleri oluşturuyordu. 5607 sayılı kanunun 3. maddesinde yer alan suçun konusunun ise gümrük kaçağı olduğu anlaşılan sigara oluşturmaktaydı. İki farklı kanundaki hükümler uygulamada tereddütlere yol açması sonucu yasal değişikliğe gidilmiştir. 11.04.2013 tarihinde yürürlüğe giren 6455 sayılı kanun ile 5607 sayılı kanunun 3. maddesinde değişiklik yapılarak, kaçak tütün mamulleri ve alkollü içkilerle ilgili düzenlemeler 4733 sayılı kanun metninden çıkartılarak, 5607 sayılı kanuna aktarılmıştır. Bu şekilde sigara kaçakçılığına ilişkin düzenlemeler tek kanun altında toplanmıştır.

-28/06/2014 tarih ve 6545 sayılı kanun değişikliği ile mevcut düzenleme (5607 sayılı kanun 3/10.madde), "Kaçakçılık suçunun konusunu oluşturan eşyanın akaryakıt ile tütün, tütün mamulleri, etil alkol, metanol ve alkollü içkiler olması halinde, yukarıdaki fıkralara göre verilecek cezalar yarısından iki katına kadar arttırılır, ancak fıkranın uygulanması suretiyle verilecek ceza üç yıldan az olamaz." şeklinde olmuştur. Değişiklik sonucunda 5607 sayılı kanunun 3/10. maddesi sigara cezada artırım öngören kaçakçılık konularından birini oluşturmuştur.

-Sigara kaçakçılığının ilgili en son 15/04/2020 tarihinde yürürlüğe giren 7242 sayılı kanunla değişiklik yapılmıştır. 5607 sayılı kanunun 3/22. maddesine "*eşyanın değerinin hafif olması halinde verilecek cezalar yarısına kadar, pek hafif olması halinde üçte birine kadar indirilir*" şeklinde hüküm eklenmiştir.

-15/04/2020 tarihinde yürürlüğe giren 7242 sayılı kanunla yapılan bir başka değişiklikle 5607 sayılı kanunun madde 5/2. maddesine

eklenen 2.b) bendi ile değişiklik öncesi 5/2. maddesindeki etkin pişmanlığın sadece soruşturma aşamasıyla sınırlı tutulmuşken, yapılan değişiklikle etkin pişmanlığın kovuşturma aşamasında da uygulanacağı belirtilerek uygulama alanı genişletilmiştir.

**Sigara kaçakçılığı ile ilgili lehe aleyhe kanun değerlendirilmesinde göz önüne alınması gereken kanun ve maddelerini suç tarihlerine göre şu şekilde özetlenebilir.**

-19/07/2003 tarihinden önce işlenen suçlar yönünden 1918 sayılı kanun uygulanacaktır.

-19/07/2003-31/03/2007 tarihleri arasında işlenen suçlar açısından 4926 sayılı kanunun 3- 4/a. maddeleri uygulanacaktır.

-31/03/2007-15/04/2008 tarihleri arasında işlenen suçlar açısından 5607 sayılı kanunun 3/5. maddesi uygulanacaktır.

-15/04/2008-11/04/2013 tarihleri arasında işlenen suçlar açısından 4733 sayılı kanunun 8/4. maddesi uygulanacaktır.

-11/04/2013-28/06/2014 tarihleri arasında işlenen suçlar açısından 5607 sayılı kanunun 3/18. maddesi uygulanacaktır.

-28/06/2014 tarihinden sonra işlenen suçlar açısından aşağıda ayrıntılı anlatılacağı gibi somut olayın özelliklerine göre 5607 sayılı kanunun 3/18, 3/1, 3/5, 3/10, 3/22. maddeleri uygulanacaktır.

## **2- KORUNAN HUKUKİ DEĞER**

Kaçakçılıkla Mücadele Kanununun 1. maddesinde kanunun amacının kaçakçılığı önleme, izleme, araştırma usûl ve esaslarını belirlemek olduğu düzenlenmiştir.

Ülkenin ithalat ve ihracat rejiminin düzenlenmesi için gümrük mevzuatının yürürlüğe girmesinin sonucu olarak gümrük mevzuatına

aykırı hareketlerin engellemesi ve buna ilişkin cezai yaptırımların belirlenmesi gerekliliğini ortaya çıkarmıştır<sup>5</sup>.

Kaçakçılığına ilişkin suç düzenlemeleri, ekonomik düzeni korumaktadır<sup>6</sup>. Devletin hakimiyet yetkisinin korunmasının yanı sıra, vergilendirme ve buna bağlı olarak devletin mali yararları korunmak istenmektedir<sup>7</sup>.

Sigara kaçakçılığı suçları, klasik arz ve talebin sonucudur: yani sigara içenlerin daha ucuz veya belirli tütün ürünlerine olan talebiyle bağlantılı bu suçu işleyenler açısından yasa dışı tütün tedariki ile daha fazla kar elde amacı vardır<sup>8</sup>.

Sigaraların kaçak olarak piyasaya sürülmesi nedeniyle devlete ödenmesi gereken vergiler ödenmeyerek serbest piyasa ekonomisinde haksız rekabete neden olmaktadır. Sigara kaçakçılığına konu olan sigara, yasal olarak ithal ya da ihraç edilseydi alınması gereken gümrük vergilerinin toplam miktarı devletin uğradığı zarar olarak kabul edilmelidir<sup>9</sup>.

Ekonomik suçları; şiddet içermeyen, çoğunlukla aldatıcı fiiller aracılığıyla, ekonomik kazanç amacıyla, iktisadi bir faaliyet dahilinde işlenen ve genel olarak iktisadi menfaatleri ihlal eden suçlar olarak tarif edebiliriz<sup>10</sup>.

---

<sup>5</sup> Donay, Süheyl; "Kaçakçılık Kanununa Genel Bir Bakış." *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 1971, 37.1-4: 191-214. s.192

<sup>6</sup> Özen, Mustafa; 5607 Sayılı Kaçakçılık Kanununda Düzenlenen Suçlar, Adalet Yayınevi, 1.Bası, Ankara, 2015, s.2

<sup>7</sup> Aydın, Murat; 5607 Sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu Çerçevesinde Kaçakçılık Fiilleri ve Yaptırımları, Adalet Yayınevi, Ankara 2012,s.139

<sup>8</sup> Joossens, Luk, and Martin Raw. "From cigarette smuggling to illicit tobacco trade." *Tobacco Control* 21.2 (2012): s.232, <https://tobaccocontrol.bmj.com/content/tobaccocontrol/21/2/230.full.pdf>, "Erişim Tarihi: 28/10/2020"

<sup>9</sup> Çilesiz, Seyfettin; *İçtihatlı Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu Açıklaması*, 5. Bası, Adalet Yayınevi, Ankara, 2019, s.29

<sup>10</sup> Küçüktaşdemir, Özgür; *Ekonomik Suçlar Bağlamında Türk Ceza Kanununda Düzenlenen Suçlar ve Cezalar*, Seçkin Yayınları, Ankara 2018, s.61

Sigara kaçakçılığı suçunda fail ekonomik yarar sağlama amacıyla hareket ettiği ve mağdurun ekonomik zarara uğramasına yol açması nedeniyle ekonomik suçlardan biri olarak değerlendirilebiliriz.

Ekonomik suçlara karşı korunmak istenen ekonomik düzenin muhafazası ile bunun sonucu olarak kişilerin malvarlığıdır<sup>11</sup>.

Ülkeye giren kaçak sigaraların yapım ve nakli aşamalarında resmi bir denetim mekanizması olmadığı için sağlıksız koşullarda yapılan işlemler vatandaşların sağlığı açısından da tehlike oluşturabilecektir.

### **3- SUÇUN YAPISAL UNSURLARI**

Suçun yapısal unsurlarıyla ilgili çeşitli teoriler ortaya atılmıştır. Bunlardan biri olan hakaret kavramının esas alındığı, tipikliği sadece suç tiplerinde mevcut olan maddi unsurları kapsamına alındığı, hareketin şekilleri netice ve nedensellik bağının tipiklik içinde incelendiği, failin sübjektif durumunun kusurluluk içinde değerlendirildiği klasik suç teorisi<sup>12</sup>. Bizde buna göre suçun unsurlarını ele alacağız.

#### **A- MADDİ UNSURLARI**

##### **a- Suçun Maddi Konusu**

Suçun konusunu kanuni tanımındaki eylemin yöneldiği, suçun üzerinde icra edildiği fiziki, maddi yapısı veya şey oluşturur<sup>13</sup>.

Sigara kaçakçılığında suçun maddi konusunu; -gümrük işlemlerine tabi tutmaksızın ülkeye sokulan sigara, -ülke içerisinde üretilen veya yurtdışından ülkemize yasalara uygun olarak sokulmuş olan ancak ambalajlarında bandrol, etiket, hologram, pul, damga veya benzeri işaret bulunmayan sigara, -taklit veya yanıltıcı bandrol, etiket, hologram, pul, damga veya benzeri işaretleri taşıyan sigara oluşturur.

<sup>11</sup> Akbulut, Berrin: "Fiyatları Etkileme Suçu", *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, Sayı 20 (2015), s. 31

<sup>12</sup> Özgenç, İzzet; *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 13. Baskı, Ankara 2017, s.145-147

<sup>13</sup> Artuk, Mehmet Emin / Gökçen, Ahmet / Alşahin, Mehmet Emin / Çakır, Kerim; *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 11. Baskı, Ankara 2017, s.307

Türk Dil Kurumunca sigara “*İnce kâğıda, kıyılmış tütün sarılarak hazırlanan, silindir biçiminde, ağızdan dumanı çekilen nesne*” olarak tarif edilmektedir.<sup>14</sup>

Elektronik sigara açısından, bu elektronik sigaraların sıvısının hammadde olarak tamamen veya kısmen tütün mamulü niteliğinde olması halinde sigara kaçakçılığına ilişkin hükümler geçerli olacaktır.

Suçun hukuki konusu, suçla korunmak istenen değerle aynı olduğundan, suçun hukuki konusunu korunan hukuki değer oluşturur<sup>15</sup>.

### **b- Fiil, Netice ve Nedensellik Bağı**

Suçun ortaya çıkması için fiil olmalıdır. Hareket, sonuç ve nedensellik bağıny ifade eden fiil için, hareket insandan çıkan açığa vurulmuş faaliyeti, sonuç ise hareketin dış dünyada yarattığı değişiklikler olarak belirtilebilir<sup>16</sup>. Eylem denilince insanla ilgili bir olay anlaşılması gerektiğinden insanla ilgisi olmayan doğal olaylar suç olgusunu ilgilendirmeyecektir<sup>17</sup>.

Sigara kaçakçılığı suçunda sigaranın kaçak olduğu özelliğini bileerek ve ticari amaçla gümrük kapısından veya gümrük dışından sınır ihlali yaparak ülkeye sokmak, yada ülkeye kaçak eşyayı sokma eylemine katılmayıp başkaları tarafından ülkeye sokulan kaçak sigarayı satın alan, satışı arz eden, satan, taşıyan veya saklayan kişiler ile ülke içerisinde üretilen veya yurtdışından kaçak olarak ülkeye sokulmakla beraber yasalarca gerekli şartları taşımayan sigaralar hakkında kaçakçılık yapanların bu hareketlerden herhangi birini gerçekleştirmesi suçun oluşması için yeterli olacaktır. Bu nedenle sigara kaçakçılığı suçu seçimlik hareketli suçlardandır.

<sup>14</sup> <https://tdk.gov.tr/> “Erişim Tarihi: 28/10/2020”

<sup>15</sup> Özen; s.5

<sup>16</sup> Demirbaş, Timur; *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 12. Baskı, Ankara 2017, s.221-222

<sup>17</sup> İçel, Kayhan; *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 4.Bası, 2017, s. 261

Türkiye kara suları, iç sular ve hava sahası dahil olmak üzere Türkiye Cumhuriyeti topraklarının tamamı gümrük bölgesini oluşturmaktadır<sup>18</sup>.

4458 sayılı Gümrük Kanununun 33. maddesinde Türkiye Gümrük Bölgesine giriş ve çıkış işlemlerinin sadece gümrük kapılarından yapılacağı belirtilmiştir. İşlemin gümrük işlemi olabilmesi için ölçü; Türkiye Gümrük Bölgesine giren veya çıkan eşya ile ilgili olması, gümrük mevzuatınca veya ilgili mevzuatça öngörülmesi ve gümrük idaresince yapılmış olmasıdır<sup>19</sup>.

Eşyanın ihracı ve ithali belirli kurallara bağlanmıştır. Buna ilişkin hükümler 4458 sayılı Gümrük Kanununda düzenlenmiştir. 4458 sayılı Gümrük Kanunu 3/14. maddesine göre; Eşyanın, bir gümrük rejimine tabi tutulmasından anlaşılması gereken, gümrük sahalarından bir serbest bölgeye girmesi, Türkiye Gümrük Bölgesi dışına yeniden ihracı, imhası, gümrüğe terk edilmesi işlemlerinden herhangi birisi olduğudur. Bir gümrük rejimine tabi tutulmak istenen eşya, bu rejime uygun şekilde yetkili gümrük idaresine beyan edilir. Gümrük beyanı; yazılı olarak, bilgisayar veri işleme tekniği yoluyla, sözlü olarak veya eşya sahibinin bu eşyayı bir gümrük rejimine tabi tutma isteğini ifade ettiği herhangi bir tasarruf yoluyla da yapılabilir.

Kaçakçılık suçu, sırf hareket suçu yani tamamlanması için neticenin aranmadığı suçlardan olduğundan neticeli bir suç olmadığı, suçun oluşması için hareketin yapılması yeterli olduğundan nedensellik bağının tespitinin bir önemi yoktur<sup>20</sup>.

Sigara ve tütünlerin yerli veya yabancı üretim olması suç tipine uygun hareketin belirlenmesi açısından önem arz etmektedir.

Suç tipine uygun hareketleri aşağıdaki şekilde sınıflandırabiliriz.

---

<sup>18</sup> Çıldır, Şentürk / Denizhan, Hüseyin: *Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu*, Ankara 2015. s. 67

<sup>19</sup> Kılıç, Kaptan; *Kaçakçılık Suçları, Gümrük Kabahatleri ve Gümrük Uyuşmazlıklarının Çözüm Yolları*, Gazi Kitapevi, Ankara 2013, s. 92

<sup>20</sup> Özen; s.17, Arslan/Balan; s.16



### **b-1. Kaçak Sigaranın Gümrük Kapılarından Gümrük İşlemine Tabi Tutulmadan Ülkeye Sokulması**

-Sigara kaçakçılığı eylemlerine ilişkin uygulama yeri bulan kanun maddelerinden biri 5607 sayılı kanunun 3/1. maddesi kapsamında kaçak sigaranın gümrük işlemlerine tabi tutulmaksızın ülkeye sokulması eylemidir. Buna ilişkin olarak 5607 sayılı kanunun 3/1.maddesinde *“Eşyayı, gümrük işlemlerine tabi tutmaksızın ülkeye sokan kişi, bir yıldan beş yıla kadar hapis ve on bin güne kadar adlî para cezası ile cezalandırılır. Eşyanın, gümrük kapıları dışından ülkeye sokulması halinde, verilecek ceza üçte birinden yarısına kadar artırılır”* şeklinde düzenleme yer almaktadır.

-5607 sayılı kanunun 3/1. maddesindeki eylem iki şekilde karşımıza çıkar, bunlardan ilki birinci fıkrada düzenlenen şekline göre failin ülkeye giriş yapmak üzere gümrük kapısına geldiğinde, yasal olarak resmi makamlara bildirimde bulunması gereken ancak bildirim yapmadığı kaçak sigaraları gümrük kapısından geçerken gizleyerek usulsüz olarak ülkeye sokmaya çalışmasıdır<sup>21</sup>. Fail gümrük kapısından giriş yaparken kaçak sigaraları gümrük görevlilerine fark ettirmeden geçmesinin hemen sonrasında veya eylem kesintiye uğramadan yakalanması halinde de yine 5607 sayılı kanunun madde 3/1-1.cümle kapsamında kalacaktır ve ayrıca kaçakçılık suçunun konusunu sigara oluşturduğu için aynı yasanın 3/10. maddesi gereğince artırım öngören maddesi birlikte uygulanacaktır. Eylem kesintiye uğradıktan sonra yakalanması durumunda, eğer kendisi kaçak sigarayı bizzat yurtdışından usulsüz olarak ülkeye soktuğunu beyan ediyorsa yine 5607 sayılı kanunun 3/1. maddesi uygulanacaktır. Eylem 4733 sayılı kanunun uygulandığı tarihlerde meydana gelmesi halinde de gümrük kapı-

<sup>21</sup> YARGITAY 7. Ceza Dairesi 22/10/2018 Tarih, Esas No: 2016/13949, Karar No: 2018/10544; " Sanığın suç tarihinde Sarp Sınır Kapısından yurda girişi sonrasında, şüphe üzerine durdurulan araçta yapılan aramada 100 karton kaçak sigaranın ele geçirilmesi ve sanığın da gerek kolluktaki gerekse duruşmadaki savunmalarında bu eşyayı Gürcistan'dan getirdiğini beyan etmesi karşısında; sanığa atılı eylemin 5607 sayılı Yasanın 3/1. maddesinde düzenlenen suç oluşturacağı gözetilmeden, nitelemede hataya düşülerek sanık hakkında 4733 sayılı Yasanın 8/4. maddesi gereğince mahkumiyet hükmü tesisi", Yargıtay kararına UYAP Ekranından erişim sağlanmıştır.

sından içeri sokulmaya çalışılırken yakalanması nedeniyle sanık hakkında 4733 sayılı kanun değil 5607 sayılı kanunun 3/1-1.cümle ve 3/10.son maddesi uygulanacaktır<sup>22</sup>.

## **b-2. Kaçak Sigaranın Gümrük Kapıları Dışından Sınır İhlali Yapılarak Gümrük İşlemine Tabi Tutulmadan Ülkeye Sokulması**

-5607 sayılı kanun 3/1. maddesi kapsamında ikinci ihtimal ise 3/1-2.cümlesi dahilindedir; Eğer kaçak sigara gümrük kapıları dışından sınır ihlali yapılarak sınırdan yurda sokulmak istenirken ya da yurda girildikten hemen sonrasında veya bu eylemlerin kesintiye uğramadan devamı sırasında yakalanması halinde 5607 sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanununun 3/1-2.cümle maddesi uygulanacaktır. Ayrıca, kaçakçılık suçunun konusunu sigara oluşturduğu için 3/10.son maddesi gereğince artırım uygulanacaktır<sup>23</sup>. Örneğin kara sınırlarımızın gümrük kapısı olmayan herhangi bir yerinden yada gümrük işlemleri yapılmayan bir havaalanı yada iskele veya sahilden eşyanın yurda

<sup>22</sup> YARGITAY 7. Ceza Dairesi 03/12/2019 Tarih, Esas No: 2016/122, Karar No: 2019/38150; "05.12.2011 tarihli tutanak içeriğine göre, K.K.T.C.den uçak ile Sabiha Gökçen Hava Limanı'na gelerek gümrüklü sahadan çıkan sanığın üst aramasında ve el bagajında yapılan kontrolde toplam 175 paket kaçak tütün ele geçirildiği olayda; kaçağa konu eşyaların, gümrük kapısından veya sınırdan yurda sokulmak istenirken ya da hemen sonrasında veya bu eylemlerin kesintiye uğramadan devamı sırasında yakalanması nedeniyle, eylemin suç tarihinde yürürlükte bulunan 5607 sayılı Yasanın 3/1. maddesi kapsamında kaldığı", Yargıtay kararına UYAP Ekranından erişim sağlanmıştır.

<sup>23</sup> YARGITAY 7. Ceza Dairesi 04/05/2017 Tarih, Esas No: 2016/5315, Karar No: 2017/3702, "15/12/2008 tarihli olay tutanağına göre sanıkların, hudut komutanlığı tarafından yapılan gözetleme faaliyeti sırasında, İran sınırından beraberlerindeki kaçak eşyalar ve bunların taşınmasında kullanılan atlarla yurda yasa dışı giriş yaparken yakalandıklarının anlaşılması karşısında, sanıklara atılı eylemin kül halinde 5607 sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu'nun 3/1-2. cümlesi kapsamında kaldığı", Yargıtay kararına UYAP Ekranından erişim sağlanmıştır.

YARGITAY 7. Ceza Dairesi 21/03/2016 Tarih, Esas No: 2016/4391, Karar No: 2016/3973, "Sanığın, İran sınırında yapılan gözetleme esnasında İ.i.topraklarından Türkiye'ye giriş yapan bir grubun sınırdan bir araca yük boşalttığıının görülmesi üzerine yapılan müdahale sonrası yakalanan sanığa isnat edilen eylemin 5607 sayılı yasanın 3/1 maddesine muhalefet suçunu oluşturacağı", Yargıtay kararına UYAP Ekranından erişim sağlanmıştır.

sokulması halinde 5607 sayılı kanunun 3/1-2.cümlesi kapsamında belirtilen suç oluşacaktır<sup>24</sup>.

### **b-3. Kaçak Sigaranın Yurtdışından Gümrük İşlemine Tabi Tutulmadan Ülkeye Sokulması Eylemine Katılmadan Başkalarının Ülkeye Sokulan Sigara Hakkında Kaçakçılık**

-Sigara kaçakçılığı suç tipiyle ilgili uygulama yeri bulan bir diğer madde 5607 sayılı kanunun 3/5. maddesidir. Bu maddede; *“Birinci ila dördüncü fıkralarda tanımlanan fillerin işlenmesine iştirak etmeksizin, bunların konusunu oluşturan eşyayı, bu özelliğini bilerek ve ticarî amaçla satın alan, satışa arz eden, satan, taşıyan veya saklayan kişi, bir yıldan üç yıla kadar hapis ve beş bin güne kadar adlî para cezası ile cezalandırılır.”* şeklinde düzenlemenin yer aldığı, 3. maddenin birinci fıkrasında belirtilen kaçak sigaranın gümrük işlemlerine tabi tutulmaksızın ülkeye sokulması eylemine katılmadan bir şekilde temin ettiği kaçak sigarayı, bu özelliğini bilerek ve ticarî amaçla satın alan, satışa arz eden, satan, taşıyan veya saklayan kişinin cezalandırılacağı düzenlenmiştir. Buna göre fail hakkında 5607 sayılı kanunun 3/5. maddesi uygulanacak, ayrıca aynı kanunun 3/10. maddesinde kaçakçılık suçunun konusunu oluşturan eşyanın tütün, tütün mamulleri olması halinde, verilecek cezalar yarısından iki katına kadar artırılır, ancak bu fıkranın uygulanması suretiyle verilecek ceza üç yıldan az olamaz hükmünden dolayı iki kata kadar ceza artırılabilecek, belirlenecek ceza 3/10.son madde gereğince de 3 yıldan aşağı olamayacaktır. Sonuç olarak bu durumda 3/5 maddesiyle birlikte 3/10.son maddesi de birlikte uygulama yeri bulacaktır.

### **b-4. Ülke İçerisinde Üretilen veya Yurtdışından Kaçak Olarak Ülkeye Sokulmamakla Beraber Yasalarca Gerekli Şartları Taşımayan Sigaralar Hakkında Kaçakçılık**

-Sigara kaçakçılığı suç tipine ilişkin uygulama yeri bulan eylemlerden biri de 5607 sayılı kanunun 3/18. maddesinde tanımlanmıştır.

---

<sup>24</sup> Çıldır / Denizhan; s.87

Madde 3/18;“Ambalajlarında bandrol, etiket, hologram, pul, damga veya benzeri işaret bulunmayan ya da taklit veya yanıltıcı bandrol, etiket, hologram, pul, damga veya benzeri işaretleri taşıyan tütün mamulleri, etil alkol, metanol ve alkollü içkileri;

a) Ticari amaçla üreten, bulunduran veya nakleden,

b) Satışa arz eden veya satan,

c) Bu özelliğini bilerek ve ticari amaçla satın alan,

kişi üç yıldan altı yıla kadar hapis ve yirmi bin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır.”

Kaçak sigaralar hakkında sadece 3/18. maddesinin uygulanabilmesi için;

1. ihtimal: Ülke içerisinde yerli tütünle üretilmiş bir sigara olabilir.

2. İhtimal: Sigara yurtdışından yasalara uygun bir şekilde ülkeye girmiş yani kaçak olarak yurda sokulmamış olabilir. Bu ihtimaller dahilinde ele geçen sigaralarda;

a) ya ambalajlarında bandrol, etiket, hologram, pul, damga veya benzeri işaret bulunmayacak,

b) ya da taklit veya yanıltıcı bandrol, etiket, hologram, pul, damga veya benzeri işaretleri taşıyan sigaralar olması gerekecektir.

Ancak ambalajlarında bandrol, etiket, hologram, pul, damga veya benzeri işaret bulunmayan ya da taklit veya yanıltıcı bandrol, etiket, hologram, pul, damga veya benzeri işaretleri taşıyan tütün mamulleri yurtdışından kaçak olarak yurda sokulduğunun anlaşılması halinde, 3/18. maddenin son cümlesinde yer alan yurtdışından getirildiği anlaşılması halinde onuncu fıkra hükmüne istinaden ceza tatbik olunur hükmü gereğince 3/1, 3/5, 3/10-son maddelerinden somut olaya uyanlar uygulanacaktır<sup>25</sup>.

<sup>25</sup> YARGITAY 7. Ceza Dairesi 30/05/2019 Tarih, Esas No: 2019/1172, Karar No: 2019/32265, “Dava konusu sigaraların kaçak olarak yurda sokulduğu anlaşıldı-

5607 sayılı kanunun 3/10.son maddesi cezada artırım öngörmesi nedeniyle daha aleyhe olduğundan yürürlüğe girdiği 28/06/2014 tarih ve sonraki eylemler hakkında uygulanacaktır.

Sigaraların yurtdışından kaçak olarak girip girmediği ile Ambalajlarında bandrol, etiket, hologram, pul, damga veya benzeri işaret bulunup bulunmadığı ya da taklit veya yanıltıcı bandrol, etiket, hologram, pul, damga veya benzeri işaretleri taşıyıp taşımadığı hususları Gümrük Müdürlüğünce düzenlenen kaçak eşya tespit varakasında tespit edilirse bu belge hükme esas alınması için yeterlidir. Ancak Gümrük Müdürlüğünce hazırlanan kaçak eşya tespit tutanağında bu durumlar belirtilmemiş ise bu konuda bilirkişi raporu alınması gerekir.

#### **b-5. Konunun Tütünler Açısından Değerlendirilmesi**

-Konuyla bağlantılı olması nedeniyle tütünler açısından değerlendirme yapmak gereklidir. Tütün yaprağının tamamen veya kısmen hammadde olarak kullanılması ile kıyılarak hazırlanan tütüne "Kıyılmış Tütünler" denilmektedir. Dünya Sağlık Örgütü Tütün Kontrolü Çerçeve Sözleşmesinin 1/f maddesinde, tütün "*tüttürme, emme, çiğ-neme ya da buruna çekerek kullanılmak üzere üretilmiş, ham madde olarak tamamen veya kısmen tütün yaprağından imal edilmiş madde*" olarak tanımlanmaktadır.

Yerli tütünler açısından hükümler içeren 01/07/2020 tarihinde yürürlüğe giren 5607 sayılı kanunun 3/20. maddesinde; "*Tütün ve Alkol Piyasası Düzenleme Kurumundan yetki belgesi almadan veya bildirimde bulunmadan yerli tütün ticareti yapanlar ile ticari amaçla; makaron veya yaprak sigara kâğıdını, içine kıyılmış tütün, parçalanmış*

---

ğından, suç tarihinde yürürlükte bulunan 6545 sayılı Yasanın 89. maddesiyle değişik 5607 sayılı Yasanın 3/18-son madde fıkrasında belirtilen "... Ancak, tütün mamullerinin etil alkol, metanol ve alkollü içkilerin kaçak olarak yurda sokulduğunun anlaşılması halinde, onuncu fıkra hükmüne istinaden cezaya hükmolunur." amir hükmü dikkate alınarak sanık hakkında 5607 sayılı Yasanın 3/18-son cümle delaletiyle anılan Yasanın 3/5. ve 3/10. madde ve fıkraları gereğince uygulama yapılması gerektiği gözetilmeden yazılı şekilde hüküm tesisi", Yargıtay kararına UYAP Ekranından erişim sağlanmıştır.

tütün ya da tütün harici herhangi bir madde doldurulmuş olarak satanlara, satışa arz edenlere, bulunduran ve nakledenlere üç yıldan altı yıla kadar hapis cezası verileceği” belirtilmiştir. Buna göre, toplumumuzda yaygın olarak kullanılan yerli tütünün yetki belgesi almadan veya bildirimde bulunmadan ticaretini yapanlar ile ticari amaçla; makaron(içi boş silindir tüp şeklindeki sigara kağıdı) veya yaprak sigara kâğıdını, içine kıyılmış tütün, parçalanmış tütün ya da tütün harici herhangi bir madde doldurulmuş olarak ticari maksatla satmak, satışa arz etmek, bulundurmak ve nakletmek suç oluşturacaktır. Bu hüküm yürürlüğe girmeden öncesinde ise, yerli tütünü ticari amaçla satanlara, satışa arz edenlere, bulunduran ve nakledenlere 4733 sayılı kanunun 8/o maddesi kapsamında sadece idari para cezası yaptırımını uygulanmaktaydı. Bu nedenle lehe olduğu için 01/07/2020 tarihinden önceki olaylar açısından 4733 sayılı kanunun 8/o maddesinin uygulanması gerekecektir.

Yabancı menşeli kaçak tütünler açısından zaten 5607 sayılı kanun kapsamında cezai hükümler yürürlükte. Tütünün yabancı menşeli kaçak olduğunun tespiti ve kişisel kullanım miktarı üzerinde veya ticari kasıtle hareket edildiğinin anlaşılması halinde, eylemin 5607 sayılı kanunun 3/1,3/5,3/10 madde fıkraları hangisi somut olayın özelliklerine göre uyuyorsa bu kapsamında değerlendirilmesi gerekecektir<sup>26</sup>. Tütünün yerli veya yabancı olup olmadığının özellikle bilirkişi raporuyla tespit edilmesi gerekir.

-4733 Sayılı Kanunun 8/5-ı bendinde yer alan "Gıda, Tarım ve Hayvancılık Bakanlığında uygunluk belgesi almadan enfiye, çiğneme, nargile tütünü veya yaprak sigara kâğıdı ya da makaron üretenler ile satan veya satışa arz edenlere (...), beşbin Yeni Türk Lirası idarî para cezası verilir" düzenlemesi gereğince, 'enfiye, çiğneme, nargile tütünü veya yaprak sigara kâğıdı ya da makaron' yerli olduklarının tespiti halinde 4733 sayılı kanunun 8/5-ı maddesinde belirtilen idari yaptırımını gerektireceği, ancak yabancı menşeli olan enfiye, çiğneme, nar-

<sup>26</sup> YARGITAY 7. Ceza Dairesi 24/05/2018 Tarih, Esas No: 2018/4763, Karar No : 2018/5905, Yargıtay kararına UYAP Ekranından erişim sağlanmıştır.

gile tütünü veya yaprak sigara kâğıdı ya da makaronun kişisel kullanım miktarı üzerinde kalan veya ticari kasıtle hareket edildiği tespit edilenler açısından eyleminin 5607 sayılı kanununun 3/5. maddesi gereğince suç teşkil edecektir<sup>27</sup>. Alınacak özel bilirkişi raporuyla yerli veya yabancı menşei olup olmadığı tespit edilerek sonucuna göre karar verilecektir.

Kaçak elektronik sigaralar açısından ise, bu sigaraların sıvısının hammadde olarak tamamen veya kısmen tütün mamulü niteliğinde olması halinde failin eylemine uyan yukarıdaki durumlara göre 5607 sayılı kanununun 3/1 veya 3/5. maddesine ilaveten 3/10. maddesinin uygulanması gerekecektir. Kaçak elektronik sigarada tütün olup olmadığı hususunda uzman bilirkişi raporu alınması gereklidir. Elektronik sigara sıvısında hammadde olarak tamamen veya kısmen tütün mamulü bulunmayan kaçak elektronik sigaralar hakkında failin eylemine uyan yukarıdaki durumlara göre sadece 3/1 veya 3/5. maddeleri uygulanacak, 3/10. maddesi gereğince artırım uygulanmayacaktır.

### **c- Suçun Faili**

Her gerçek kişi bu suçun faili olabilir. Türk Ceza Kanunu (TCK) 20. maddesinde belirtildiği üzere tüzel kişilerin suçun faili olamayacağı açıkça düzenlenmiştir. 5607 sayılı kanununun 4/3. maddesinde de, bu kanunda tanımlanan suçların, tüzel kişinin faaliyeti çerçevesinde veya yararına olarak işlenmesi halinde, ayrıca bunlara özgü güvenlik tedbirlerine hükmolunacağı belirtilmiştir. TCK 20/2.maddesinde, tüzel kişilerin suç faili olamayacağı ve ceza sorumluluğunun olmadığı düzenlenmekle beraber yerine cezai anlamda sorumlu gerçek kişinin kim olacağı ve sayısı belirtilmediği için her somut olay ve her bir tüzel kişi bakımından ayrı değerlendirme yapılmalıdır<sup>28</sup>.

<sup>27</sup> YARGITAY 7. Ceza Dairesi 12/11/2019 Tarih, Esas No: 2019/3339, Karar No : 2019/37316, Yargıtay kararına UYAP Ekranından erişim sağlanmıştır.

<sup>28</sup> Şen, Ersan; "Yer Sağlayıcıların 5607 Sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu Karşısında Hukuki Durumu ve Tüzel Kişi Yer Sağlayıcıların Ceza Sorumluluğu". *Ankara Barosu Dergisi* / 4 (Temmuz 2012), s.285-286

#### **d- Suçun Mağduru ve Davaya Katılma**

Suçla ihlal edilen, ceza ile korunan, bu şekilde hukukilik kazanan beşeri değer veya menfaat, suçun hukuki konusunu meydana getirmektedir<sup>29</sup>.

Suçta karşı korunmak istenen ülkedeki ekonomik faaliyetler ve ödenmesi gereken vergiler olduğundan, sigara kaçakçılığı nedeniyle ödenmemesinden dolayı vergi kaybı yaşadığı için devlet suçun mağdurudur.

Doktrinde bazı yazarlara göre, tüzel kişiler bu suçun mağduru olamayacağı, ancak suçtan zarar gören olabileceği, bu nedenle devlet, kaçakçılık suçu sonucu vergi kaybına uğramasından dolayı suçtan zarar gören sıfatını taşıyabileceği, suçla korunan hukuki değer ekonomik kamu düzeni ve serbest piyasa ekonomisi olduğundan suçun mağdurunu toplumu oluşturan herkesin oluşturduğu savunulmaktadır<sup>30</sup>.

Doktrinde, Ekonomik kamu düzenin bozulmuş olması ve vergi kaybı nedeniyle hem devletin hem toplumun kaçakçılık suçunun mağduru olduğunu savunan görüşlerde vardır<sup>31</sup>.

Suç tarihi ve uygulanacak kanuna göre kamu davasına katılma hakkı bulunan kurum belirlenecektir.

4733 sayılı kanun kapsamında kalan ve bu kanunun uygulandığı yıllarda işlenen suçlarda katılma hakkı Tütün, Tütün Mamulleri ve Alkollü İçkiler Piyasası Düzenleme Kurumuna ait olduğu; ancak bu kurumun kapatılması nedeniyle yerine Tarım ve Orman Bakanlığı davaya katılma hakkına sahiptir.

<sup>29</sup> Hafizoğulları, Zeki / Devrim Güngör; "Türk Ceza Hukukunda Suçların Tasnifi." *TBB Dergisi*, 2007, Sayı 69, s.23

<sup>30</sup> Aydın; s.140, Arslan/Balan;s.22, Gedik, Doğan; *5607 Sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanununa Göre Akaryakıt Kaçakçılığı Suçları*, Ankara 2018, s.148

<sup>31</sup> Özen; s.6



5607 sayılı kanun kapsamında ise aynı kanunun 18. maddesine göre Gümrük İdaresinin açılan davalara katılan sıfatıyla davaya katılma hakkına sahiptir.

4926 ve 1918 sayılı kanun kapsamında ise Gümrük İdaresinin açılan davalara katılan sıfatıyla davaya katılma hakkına sahiptir.

Uygulanan kanuna göre yukarıda belirtilen davaya katılma hakkı bulunan kurumlar dışında kişi veya kurumların davaya katılma talepleri ile hükmü istinaf ve temyiz talepleri reddedilecektir.

## **B- MANEVİ UNSURU**

Türk Ceza Kanununun 21. maddesinde kast, suçun kanuni tanımındaki unsurların bilerek ve istenerek gerçekleştirilmesi olarak tanımlanmıştır. Suçun kanuni tanımındaki unsurlardan kastedilen suçun kanuni tanımında yer alan maddi unsurlardır<sup>32</sup>. Failin kasten hareket etmiş olduğunun kabul edilebilmesi için öncelikle hareket, sonuç ve nedensellik bağlantısı olmak üzere bütün unsurları bilmesi zorunludur<sup>33</sup>. Fiilin işlendiği sırada kastın bilme unsurunun mevcut olması gerekir<sup>34</sup>. Failin kasten hareket ettiğinin kabul edilebilmesi için, tipe uygun hareketi önceden planlamış ve tahayyül etmiş ve zihninde canlandırmış olması gerekir<sup>35</sup>. Örneğin, arkadaşının aracında yolcu olarak seyahat eden bir kişinin yol kontrolünde aracın bagajında dışardan görünmeyecek bir şekilde ele geçen kaçak sigaraların arkadaşına ait olduğu ve bunlardan haberi olmadığını beyan ettiği bir olayda aksi ispatlanmadığı sürece bu sigaralardan sorumlu tutulmayacaktır.

<sup>32</sup> Koca, Mahmut / Üzülmüş, İlhan; *Türk Ceza Kanunu Genel Hükümler*, 12.Baskı, Ankara 2019, s.104

<sup>33</sup> Özbeğ, Veli Özer / Doğan, Koray / Bacaksız, Pınar / Tepe, İlker: *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 8.Baskı, 2017, s.238

<sup>34</sup> Öztürk, Bahri / Erdem, Mustafa Ruhan; *Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku*, 19.Baskı, Ankara 2019, s.243; Erman, Sahir; *Kaçakçılık Suçları*, 1981 İstanbul, s.318

<sup>35</sup> Dönmezer, Sulhi / Erman, Sahir; *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Genel Kısım, Cilt II/1*, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul, 1959, s.215

Sigara kaçakçılığı suçu ancak özel kastla kazanç elde etmek amacıyla işlenebilir ve bu özel kast, faildeki hareketi yaparken ticari amacının bulunmasını ifade eder<sup>36</sup>. Fail, suç teşkil eden seçimlik hareketleri, ticari amaç bulunmaksızın kişisel kullanımlar için yapıyorsa bu suç oluşturmayacaktır<sup>37</sup>.

Kanunun gerekçesinde de belirtildiği üzere, sigara kaçakçılığı suçları suç tanımında bilerek ifadesine yer verilmiş olan suçlardan olduğundan sigara kaçakçılığı suçu da sadece doğrudan kastla işlenebilir. Bu nedenle kaçakçılık suçunun taksirle veya olası kastla işlenmesi mümkün değildir.

Ticari kasit olmaksızın kişisel kullanım sınırında kabul edilecek kaçak sigara miktarı ile ilgili kanunda açık bir hüküm bulunmamaktadır.

Ele geçen kaçak sigaranın kişisel tüketim miktarı dahilinde olup olmadığının tespitinde kişinin günlük tüketebileceği oran üzerinden değil, bir kişinin "bir yıllık" ortalama tüketebileceği miktar üzerinden bir değerlendirme yapmak gerekecektir. Uygulamada birliğin sağlanması ve bunun sonucu hakkaniyetin gerçekleşmesi açısından sigaranın kişisel kullanım miktarının tespitinde genel olarak her olay için aynı şekilde uygulanabilecek kriterlerin Yargıtay'ın anılan maddenin uygulanması sürecindeki içtihatlarına paralel şekilde belirlenmesi gerekecektir.

Yargıtay 7. Ceza Dairesince, kural olarak 20 Karton(200 paket)dahil ve altındaki kaçak sigaranın kişisel kullanım miktarı olarak kabul edilmekte ve ticari kasıtle hareket ettiği ispatlanamadığı durumlarda suçun unsurları itibariyle oluşmayacağı yönünde karar verilmektedir<sup>38</sup>.

<sup>36</sup> Yurtcan, Erdener; *Yeni Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu Şerhi*, Seçkin Yayınları, 6.baskı, 2019, s.21

<sup>37</sup> Özen; s.98

<sup>38</sup> YARGITAY 7. Ceza Dairesi 17/05/2018 Tarih, Esas No: 2016/3721,Karar No: 2018/5621;"Irak'tan Türkiye'ye giriş yapmak üzere Habur Gümrük Kapısına gelen sanığın kullandığı çekici ve dorsede yapılan aramada, 19 karton kaçak sigara ve 14 şişe 1'er litrelik içki ele geçirilen olayda, sanığın aşamalarındaki beyanlarında

Yargıtay 7. Ceza Dairesince kural olarak 20 Karton(200 paket) üzerindeki kaçak sigaranın kişisel kullanım miktarı üzerinde olduğu ve bu durumda failin ticari kasıtle hareket ettiği kabul edilmektedir<sup>39</sup>.

Ancak somut olaya göre bazı durumlarda kaçak sigara 20 Karton(200 paket) ve altında da olsa ticari amaçla hareket edildiğinin anlaşılması halinde(örneğin bir markette veya sokakta satılması gibi) az sayıda sigara ele geçirilse bile suç oluşacaktır<sup>40</sup>.

---

ele geçen kaçak eşyaları oğlunun düğününde ikram etmek üzere satın aldığını savunması karşısında, eşyanın ele geçiriliş şekli ve yakalanan eşya miktarına nazaran savunmasının aksine somut bir kanıt da bulunmaması nedeniyle dava konusu eşyanın ticari miktar ve mahiyette olmadığı gözetilmeden sanığın beraati yerine mahkumiyetine karar verilmesi”, Yargıtay kararına UYAP Ekranından erişim sağlanmıştır.

YARGITAY 7. Ceza Dairesi 09/01/2019 Tarih, Esas No: 2017/4118, Karar No: 2019/226;“Olay tutanağı ve dosya kapsamına göre, sanığın içinde bulunduğu araçta yapılan aramada ele geçen sigaralardan 200 paket kaçak sigaranın sanığa ait olduğu olayda, sanığın savunmasında sigaraları içmek için aldığını beyan etmesi, ele geçen sigaranın Dairemizin istikrar kazanan uygulamalarında miktar itibarıyla kişisel kullanım kapsamında kalması karşısında ve tüm dosya kapsamına göre sanığın kaçak sigaraları ticari maksatla bulundurduğuna ilişkin mahkumiyetine yeter, her türlü şüpheden uzak, kesin ve inandırıcı delil elde edilemediği gözetilerek beraati yerine yazılı şekilde mahkumiyetine karar verilmesi”, Yargıtay kararına UYAP Ekranından erişim sağlanmıştır.

<sup>39</sup> YARGITAY 7. Ceza Dairesi 19/02/2020 Tarih, Esas No: 2019/8005, Karar No: 2020/2576; “Sanıktan ele geçen 21 karton kaçak ve bandrolsüz sigaranın sayı itibarıyla ticari miktar ve mahiyette olduğu ve kişisel kullanım miktarının üzerinde bulunduğu gözetilmeksizin, sanığın mahkumiyeti yerine ticari kastının bulunmadığı şeklindeki yerinde olmayan gerekçeyle beraatine karar verilmesi”, Yargıtay kararına UYAP Ekranından erişim sağlanmıştır.

YARGITAY 7. Ceza Dairesi 08/06/2017 Tarih, Esas No: 2017/2699, Karar No: 2017/4887;“Sanıkta ele geçen 4 farklı marka 220 paket kaçak ve bandrolsüz sigaranın sayı itibarıyla ticari miktar ve mahiyette olduğu ve kişisel kullanım miktarının üzerinde bulunduğu gözetilmeksizin, çelişkili savunma ve tanık beyanlarına dayanılarak sanığın mahkumiyeti yerine yazılı şekilde yerinde olmayan gerekçeyle beraatine karar verilmesi”, Yargıtay kararına UYAP Ekranından erişim sağlanmıştır.

<sup>40</sup> YARGITAY 7. Ceza Dairesi 02/07/2019 Tarih, Esas No: 2019/709, Karar No: 2019/33528, “14.12.2014 tarihinde yapılan ihbar üzerine usulüne uygun alınan arama kararına istinaden 23.12.2014 tarihinde sanığın işlettiği Market de yapılan aramada 44 paket kaçak sigaranın ele geçirildiği, sigaraların bulunduğu yer ve yakalanış şekli birlikte değerlendirildiğinde, sanığın ticari kasıtle söz konusu sigaraları bulundurduğunun kabulü ile mahkumiyeti yerine sanığın savunmasına itibarla yazılı şekilde hüküm tesisi”, Yargıtay kararına UYAP Ekranından erişim sağlanmıştır.

### C- HUKUKA AYKIRILIK

Hukuka aykırılık kişinin hareketinin düzeninin bir kuralı ile çelişmesi ve bu çelişmenin başka bir kural tarafından hukuka uygun sayılmaması anlamına gelir<sup>41</sup>. Hukuka aykırılık suçun unsuru niteliğinde olduğundan, suçun maddi ve manevi unsurlarının sonra hukuka aykırılığında gerçekleşmesi gerekli olup, fiilde hukuka uygunluk nedenleri oluşmuşsa artık fiilin haksızlığından söz edilmesi mümkün değildir<sup>42</sup>.

Kaçakçılık suçları açısından meşru müdafaa, kanun hükmünü icra ve ilgilinin rızası hukuka uygunluk nedenlerinin uygulanma olanağı yoktur<sup>43</sup>.

Kanun veya idari düzenlemeler ile bazı durumlarda hakkın kullanılması hukuka uygunluk nedeni sayılabilir. 4458 sayılı Gümrük Kanununun 167 nci maddesi, 2009/15481 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı eki 4458 sayılı Gümrük Kanununun Bazı Maddelerinin Uygulanması Hakkında Karar, 06/07/2011 tarihli ve 2011/39 sayılı Genelgesine istinaden; yurtdışından gelen yolcular için sınırlı şekilde beraberinde getirdiği kişisel eşyayı muafien getirebilmektedir. Yolcu beraberinde olmak kaydıyla, muafiyet tanınacaktır. Tütün ve tütün ürünleri ile alkollü ürünlere ilişkin muafiyet hakkından, 18 yaşın altındaki yolcular faydalanamayacaktır. Muafiyet kapsamındaki eşya tür ve miktarları şu şekildedir<sup>44</sup>:

---

YARGITAY 7. Ceza Dairesi 06/07/2017 Tarih, Esas No: 2017/5190, Karar No: 2017/5783“Sanığın işlettiği büfede ele geçen 3 karton sigaranın, ele geçirildiği yer ve büfede kaçak sigara satışı yapıldığı ihbarı üzerine yapılan arama neticesinde ele geçirildiği dikkate alındığında ticari amaçla bulundurulduğunun kabulü gerekirken oluşa uymayan sanık savunmasına itibar edilerek atılı suçu işlediğinin sabit olmadığından bahisle mahkumiyeti yerine yazılı şekilde beraatine karar verilmesi”, Yargıtay kararına UYAP Ekranından erişim sağlanmıştır.

<sup>41</sup> Soyaslan, Doğan; *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Yetkin Yayınları, 8. Bası, Ankara 2018, s.219

<sup>42</sup> Akbulut, Berrin; *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 5. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2018, s.453-454

<sup>43</sup> Arslan/Balan; s.28

<sup>44</sup> <https://www.ticaret.gov.tr/gumruk-islemleri/sikca-sorular/bireysel/yolcu-muafiyetleri>, “Erişim Tarihi: 28/10/2020”

## **TÜTÜN VE TÜTÜN ÜRÜNLERİ**

1-Sigaralar 3 Karton-30 paket ( toplam 600 dal sigarayı geçmeyen)

2- Sigarillolar (her biri 3 gr.dan ağır olmayan purolar) 100 adet

3- Puro 50 adet

4- Kıyılmış tütün (200 yaprak sigara kağıdı ile) 250 gr.

5- Pipo tütünü 250 gr.

6-Nakil vasıtaları sürücüleri ve hizmetlileri yolcu sayılmazlar. Dolayısıyla bu kişiler, yolcu beraberli eşya muafiyetinden yararlandırılmazlar. Ancak, bu kişiler girişte 1 karton sigara yolcu girişi yapılan sınır kapılarında açılan mağazalardan satın alabilirler. Ancak, kara hudut kapısından diğer ülkelere çıkış yapan nakil vasıtası sürücü ve hizmetlileri, dönüşlerinde alışveriş haklarını kara hudut kapılarında bulunan mağazalarda ayda en fazla 10 defa kullanabilirler.

## **4- SUÇUN ÖZEL GÖRÜNÜM ŞEKİLLERİ**

### **A- SUÇA TEŞEBBÜS**

Kaçakçılık suçlarından olan sigara kaçakçılığında eylem bölünebilir olduğu durumlarda teşebbüse elverişlidir. Ancak bunun uygulamada bir önemi yoktur. Çünkü, 5607 sayılı kanunun 3/21. maddesinde bu kanun kapsamındaki fiillerin teşebbüs aşamasında kalmış olsa bile, tamamlanmış gibi cezalandırılacağı yönünde düzenlemesi yer almaktadır. Bu nedenle sigara kaçakçılığı suçlarında teşebbüs hükümleri uygulanmayacak ve tamamlanmış suç gibi cezalandırılacaktır.

### **B- SUÇA İŞTİRAK**

Kaçakçılıkla Mücadele Kanununda sigara kaçakçılığına iştirak bakımından herhangi bir özel düzenleme bulunmamaktadır. Bu nedenle TCK 37-41. maddeleri arasında düzenlenen genel hükümlerden hareketle somut olayın özelliklerine göre faillik, azmettirme ve yardım

etme şeklinde iştirak hükümleri somut olaya göre suça iştirak edenlere uygulanacaktır.

5607 sayılı kanunun 4/6. maddesinde “Kaçakçılık fiillerini önlemek, izlemek ve araştırmakla görevli olup da bu Kanunda tanımlanan suçların işlenmesine kasten göz yuman kişi, işlenen suçun müşterek faili olarak sorumlu tutulacağı” belirtilmiştir. Buna göre müşterek faillikten bahsedildiği için suçu önlemek, izlemek ve araştırmakla görevli olup da suça kasten göz yuman kişiler icra hareketlerini yapmış kişilere uygulanacak hükümler neyse aynı şekilde cezalandırılacaktır. Bunun için bu görevli kişilerin bir menfaat elde etmesine gerek yoktur. Görevinin başındayken suça kasten göz yummaları yeterli olacaktır.

### C- İÇTİMA

Kaçakçılık suç tipleri 5607 sayılı kanunun sadece 3. maddesinde düzenlenmiştir. Maddenin farklı fıkralarında değişik suç tipleri yer almaktadır. Failin sigara kaçakçılığında suçun konusunu sadece sigaranın oluşturduğu suç tipini veya sigara ile birlikte aynı fıkra kapsamında düzenlediği sigara dışındaki diğer kaçakçılık konusu eşyaların farklı zamanlarda işlenmesi söz konusu olabilmektedir.

-Farklı zamanlarda işlenen kaçakçılık suçlarının konusunu sadece sigara oluşturuyorsa, bu 3. maddedeki aynı veya farklı fıkralarda düzenlenmiş herhangi bir suç tipi şekilleri arasında,

-Farklı zamanlarda işlenen suçların konusu biri sigara, diğeri farklı kaçakçılık konusunu oluşturan eşya türleri açısından işlenen suçlar arasında TCK 43. maddesinin uygulanabilmesi için her iki suçunda 3. maddenin aynı fıkrası içerisinde düzenlenmiş suç tiplerinden olması gerekecektir.

Yargıtay 7. Ceza Dairesi 20/03/2014 tarihinden önce her kaçakçılık eylemini ayrı suç ve ceza uygulamasını kabul etmekteydi. Ancak Yargıtay 7. Ceza Dairesi **20/03/2014** tarihindeki görüş değiştiren içtihatı ile “*bu tarihten sonraki hükümlerde sigara kaçakçılığı dahil tüm kaçakçılık suçlarında eylemlerin hukuki ve fiili kesinti durumları*

*gözetilerek, fiillerin işleniş yer ve zamanı, fiiller arasında geçen süre, korunan değer ve yarar, hareketin yöneldiği maddi konunun niteliği değerlendirilerek belirli aralıktaki suçlar açısından TCK 43. maddesinin uygulanması gerektiği yönünde” karar vermiştir<sup>45</sup>.*

İddianame, iddianame düzenlemesine konu olan olay ile düzenleme tarihinden sonra meydana gelen olaylar arasında hukuki bir kesinti meydana getirir, bu nedenle sonra devam eden olaylar artık başka bir ceza yargılamasının konusunu oluşturacağı, devam eden hareketler, yeni bir yargılamanın konusu yapılabileceğinden hukuki kesintiden sonraki eylemler, kendi aralarında zincirleme suç kapsamında ele alınması gerekecektir<sup>46</sup>.

Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 15.03.2016 gün ve 2014/10-847 Esas 2016/128 sayılı kararında da belirtildiği üzere, *“zincirleme suçta dâhil olan bir suçtan mahkumiyet kararı verilmiş ve bu karar kesinleşmiş ise, zincirleme suçta konu ikinci suçla ilgili olarak mahkemece; kesinleşen hükme konu eylem de göz önüne alınarak zincirleme suç hükümlerinin uygulanması suretiyle hüküm kurulmalı, kesinleşen hükümdeki ceza sonuç cezadan indirilmeli, böylece yargılaması devam eden suçta ilişkin ceza belirlenmelidir”.*

4733 sayılı kanunun 8/4. maddesinin yürürlükte olduğu 15/04/2008- 11/04/2013 tarihleri arasında tek bir olayda 4733 sayılı kanunun 8/4. maddesi kapsamında kaçak sigara ile birlikte farklı cins eşya(örneğin kaçak çay, kaçak telefon) ele geçirilmesi durumunda sanık hakkında sigaralar açısından 4733 sayılı kanunun 8/4. maddesi gereğince, diğer kaçak eşyalar açısından ise 5607 sayılı kanun gereğince cezalandırılmak suretiyle iki farklı kanunla cezai müeyyide uygulanıyordu. 5607 sayılı kanunun 3. maddesinde değişiklik yapılarak, kaçak tütün mamulleri ve alkollü içkilerle ilgili düzenlemeler 4733 sayılı kanun metninden çıkartarak 5607 sayılı kanuna aktarıldıktan sonra tek olayda kaçak sigara ile birlikte farklı cins eşya(örneğin kaçak çay,

<sup>45</sup> YARGITAY 7. Ceza Dairesi 20/03/2014 Tarih, Esas No: 2014/494, Karar No: 2014/10437, Yargıtay kararına UYAP Ekranından erişim sağlanmıştır.

<sup>46</sup> Centel, Nur / Zafer, Hamide; *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 10. Basi, İstanbul 2013, s.1566.

kaçak telefon) ele geçirilmesi durumunda kaçak eşyalar cins, nevi ve türüne göre ayrımı yapılmaksızın tek ceza öngörülmektedir<sup>47</sup>.

5607 sayılı kanunun 4/5. maddesine göre bu kanunda tanımlanan suçlardan olan sigara kaçakçılığı suçunun, belgede sahtecilik yapılarak işlenmesi halinde, ayrıca sahtecilik suçundan dolayı da cezaya hükümlenacağı belirtilmiştir. Bu durumda gerçek içtima hükümleri uygulanacaktır.

## 5- SUÇUN NİTELİKLİ HALLERİ

Kaçakçılık suçlarının nitelikli halleri Kaçakçılıkla Mücadele Kanununun 4. ve 3/22. maddelerinde sayılmıştır.

Bu maddelerde sayılan nitelikli hallerden sigara kaçakçılığı açısından uygulanabilecekler ayrı başlıklar halinde aşağıda ele alınacaktır.

### A- Suçun Örgüt Faaliyeti Çerçevesinde İşlenmesi

5607 sayılı kanunun 4/1. maddesinde, *“Bu kanunda tanımlanan suçların, bir örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenmesi halinde, verilecek ceza iki kat artırılır”* hükmü yer almaktadır.

Örgüt tanımıyla ilgili kanunlarda açık bir hüküm bulunmamakla beraber suç işlemek amacıyla örgüt kurma suçunun düzenlendiği TCK 220. maddesinin gerekçesinde buna ilişkin açıklamalar yapılmıştır. Bu madde gerekçesine göre; *“Örgütün varlığı için suç işlemek amacı etra-*

<sup>47</sup> YARGITAY 7. Ceza Dairesi 05/06/2017 Tarih, Esas No: 2017/2014, Karar No: 2017/4653; “Suç tarihi 2011 olan olayda, sanıktan ele geçirilen bandrolsüz sigara ve tütün yönünden 4733 sayılı Yasanın 8/4. maddesi, kaçak makaron yönünden de 5607 sayılı Yasanın 3/5. maddesi uyarınca ayrı ayrı ceza tayini gerektiği”. Yargıtay kararına UYAP Ekranından erişim sağlanmıştır.

YARGITAY 7. Ceza Dairesi 02/03/2020 Tarih, Esas No: 2019/8762, Karar No: 2020/3206; “suç tarihi 03/04/2015 olan olayda, Sanıklara ait iş yerinde 1974 kg. kaçak çay, 1810 paket kaçak sigara ve 36.000 dal kaçak makaronun ele geçirildiği olayda; ele geçen üç farklı cins eşyaya yönelik eylemler hakkında her üç eylemin TCK’nun 44. maddesi uyarınca, 3/18-son cümle delaletiyle anılan Yasanın 3/5. maddesi uyarınca temel ceza belirlendikten sonra aynı Yasanın 3/10. madde ve fıkrası gereğince uygulama yapılması gerektiği”, Yargıtay kararına UYAP Ekranından erişim sağlanmıştır.



*fındaki fiilî birleşme yeterlidir. Örgüt, niteliği itibarıyla, devamlılık arz eder. Bu itibarla, kişilerin belli bir suçu işlemek için bir araya gelmesi hâlinde, örgüt değil, iştirak ilişkisi mevcuttur. İştirak ilişkisinden bahsedebilmek için, suç ortakları nezdinde suçun, konu veya mağdur bakımından somutlaşması gerekir. Buna karşılık, örgüt yapılanmasında, işlenmesi amaçlanan suçların konu veya mağdur itibarıyla somutlaştırılması zorunlu değildir. Suç işlemek için örgüt kurulması bir somut tehlike suçudur. Her ne kadar en az iki kişinin belli amaç etrafında suç işlemek üzere devamlı surette fiilen birleşmesi suretiyle örgüt meydana gelebilirse de; kurulan örgüt, güdülen amaç bakımından somut bir tehlike oluşturmayabilir. Bu nedenle, örgütün yapısı, sahip bulunduğu üye sayısı ile araç ve gereç bakımından, amaçlanan suçları işlemeye elverişli olması aranmalıdır”.*

Ekonomik çıkar sağlamaya yönelik işlenen sigara kaçakçılığı suçu açısından somut olayda; örgütün yapısı, sahip bulunduğu üye sayısı ile araç ve gereç bakımından, amaçlanan suçları işlemeye elverişli olup olmamasına göre karar verilecektir.

5607 sayılı kanunun 4. maddesinin gerekçesinde de belirtildiği üzere, Suç işlemek için kurulan bir örgütün, sadece bu kanunda tanımlanan kaçakçılık kabahatleri değil bunların dışında da suçları işlemek için kurulmuş bir örgüt olduğunun sabit görülmesi halinde, hem kaçakçılık eylemlerinden dolayı hem de ayrıca Türk Ceza Kanununun 220. maddesine göre örgüt suçundan cezaya hükmolunması gerekmektedir. Ancak örgütün sadece Kaçakçılıkla Mücadele Kanununda tanımlanan kaçakçılık suçlarını işlemek için kurulduğu sabitse ayrıca TCK 220. maddesi gereği cezaya hükmolunmayacak bu durum sadece 5607 sayılı kanunun 4/1. maddesi gereğince cezada artırım nedeni olacaktır.

### **B- Suçun Üç veya Daha Fazla Kişi Tarafından Birlikte İşlenmesi**

5607 sayılı kanunun 4/2. maddesinde, “Bu Kanunda tanımlanan suçların, üç veya daha fazla kişi tarafından birlikte işlenmesi halinde, verilecek ceza yarı oranında artırılır” hükmü yer almaktadır.

Bu hüküm gereğince cezada artırım uygulanabilmesi için üç veya daha fazla kişinin kaçakçılık eylemine fikir ve eylem birliği içerisinde katılmaları ve sigara kaçakçılığı suçuna iştirak etmeleri gerekmektedir. Bu şart oluşmadığında birlikte suç işleme koşulu gerçekleşmeyecek ve sanıkların eylemleri bireysel kaçakçılık suçunu oluşturacaktır<sup>48</sup>. Madde gerekçesinde de belirtildiği üzere metindeki birlikte ibaresi müşterek failliği ifade eder. Türk Ceza Kanununa göre, suçun icra hareketlerinin birden fazla kişi tarafından birlikte gerçekleştirilmiş olması halinde müşterek faillik söz konusudur. Bu nedenle müşterek fail olmayanlar kişi sayısının belirlenmesinde dikkate alınmayacaktır. Müşterek fail olarak icra hareketlerinin birlikte yapılması şartı aranıldığından azmettiren ve yardım eden sıfatıyla suça iştirak edenler üç veya üzeri kişi sayısı hesaplanmasına dahil olmayacaklardır. Bu kişiler açısından somut olayın özellikleri, suça iştirak durumları ve iştirak hükümleri birlikte ele alınarak değerlendirme yapılacak toplu suç gerekçesiyle artırım olmayacaktır.

---

<sup>48</sup> YARGITAY 7. Ceza Dairesi 18/04/2017 Tarih, Esas No: 2017/8701, Karar No: 2017/2994; “somut olaya baktığımızda birbirlerini tanımayan , aralarında sanıklarında bulunduğu on iki kişinin belli bir ücret karşılığı, bir çuval sigarayı Türkiye'ye sokmak için sigaraların sahibi olan şahısla anlaşmışları, bu suretle birlikte suç işleme iradelerinin olmadığı, eylemin münferit kaçakçılık suçu kapsamında kaldığı halde toplu kaçakçılık suçundan hüküm kurulması”, Yargıtay kararına UYAP Ekranından erişim sağlanmıştır.

-YARGITAY 7. Ceza Dairesi 17/04/2017 Tarih, Esas No: 2015/27775, Karar No: 2017/3077; “Sanıklar Abdulnasır ve Yılmaz'ın aşamalarda değişmeyen savunmalarına göre taksicilik yapan sanık Adem'ı durdurdukları, sanık Adem'in kendilerini valizleriyle birlikte Otele götürdüğü sırada kolluk görevlilerince yakalandıkları ve kaçak sigaraların ele geçirildiği, sanık Adem'in kaçakçılık eylemine katıldığına ve suça iştirak ettiğine dair mahkumiyetine yeter, kesin ve inandırıcı delil elde edilememesi karşısında; 5607 sayılı Yasa'nın 4/2.maddesinde düzenlenen suçun üç veya daha fazla kişi tarafından birlikte işlenmesi koşulunun gerçekleşmediği ve sanıklar Abdulnasır ve Yılmaz'ın eyleminin bireysel kaçakçılık suçunu oluşturduğu gözetilmeden, toplu kaçakçılıktan artırım yapılarak fazla ceza tayin edilmesi”, Yargıtay kararına UYAP Ekranından erişim sağlanmıştır.

### **C- Suçun, Kaçakçılık Fiillerini Önlemek, İzlemek, Araştırmak ve Soruşturmakla Görevli Kişiler Tarafından veya Meslek ve Sanatın Sağladığı Kolaylıklardan Yararlanmak Suretiyle İşlenmesi**

5607 sayılı kanununun 4/4. maddesinde; *“Bu Kanunda tanımlanan suçların, kaçakçılık fiillerini önlemek, izlemek, araştırmak ve soruşturmakla görevli kişiler tarafından veya meslek ve sanatın sağladığı kolaylıklardan yararlanmak suretiyle işlenmesi halinde, verilecek ceza yarı oranında artırılır”* hükmüne yer verilmiştir.

Kaçakçılıkla Mücadele Kanununun 19/1. maddesinde geçen mülki amirler, Gümrük Müsteşarlığı personeli ile Emniyet Genel Müdürlüğü, Jandarma Genel Komutanlığı ve Sahil Güvenlik Komutanlığına bağlı personel bu kanunda tanımlanan suçların, kaçakçılık fiillerini önlemek, izlemek, araştırmak ve soruşturmakla görevli kişiler olarak değerlendirilecektir.

Bu kişilerin üzerine atılı suçu fiili görevli bulunduğu mesai sırasında bir zamanda işlemiş olması durumunda madde uygulama yeri bulacaktır. Buna karşılık suçu görevli bulunmadığı örneğin istirahatli veya yıllık izinde olduğu bir zamanda sivil bir vatandaş olarak işlemiş olması durumunda tek başına meslekleri nitelikli halin uygulanması için yeterli olmayacaktır. Bu durumda mesleğinin sağladığı kolaylığın ne olduğunun somut olayda açıklığa kavuşturulması gerekecektir<sup>49</sup>. Örneğin polis veya jandarma görevlisi olan kişinin görev başında değilken istirahatli olduğu veya yıllık izinde olduğu bir zamanda resmi üniformasını giyerek kaçak sigara nakletmesinde kendisinin aranması ve müdahale edilme ihtimalini diğer sivil vatandaşlara göre azalttığı

<sup>49</sup> YARGITAY 7. Ceza Dairesi 17/09/2018 Tarih, Esas No: 2018/4232, Karar No :2018/8756; “5607 sayılı Yasanın 19/1. maddesi uyarınca Yüksekova İlçe Emniyet Müdürlüğü'nde görevli olan sanığın kaçakçılık suçunu önleme, izleme ve soruşturmakla görevli olduğu belli ise de üzerine atılı suçu görevli bulunmadığı bir zamanda işlemiş olması, dosya kapsamına göre mesleğin verdiği kolaylıktan yararlanıp yararlanmadığı da belli olmadığı bu nedenle hakkında 5607 sayılı Yasanın 4/4. maddesinin uygulanamayacağı gözetilmeden yazılı şekilde cezasında artırım yapılarak fazla ceza tayini”, Yargıtay kararına UYAP Ekranından erişim sağlanmıştır.

ve hakkında suç şüphesini düşürdüğünden avantaj sağladığı için bu durumda nitelikli halin uygulanması gerekecektir. Başka bir örnek şüpheli kamu görevlisinin görevli olmadığı bir gün işyerinden o gün için arama yapılacak saatler ile yol ve yerleri öğrenerek diğer suç ortağına bildirmesi ve buna göre kaçak eşyanın nakil yollarını belirlemesini sağlaması gösterilebilir.

Meslek ve sanatın sağladığı kolaylıklardan yararlanmak suretiyle işlenmesi halinde sadece mesleğe göre doğrudan ceza artırıma gidilmesi mümkün olmayacaktır. Meslek ve sanatın somut olayda faile sağladığı kolaylığın ne olduğunun açıkça belirtilmesi gerekir<sup>50</sup>. Pilot, gemi kaptanı veya tır, otobüs şoförleri bu kişilere örnek olarak gösterilebilir<sup>51</sup>.

#### **D- Suç Eşyasının Devletin Siyasî, İktisadî veya Askerî Güvenliğini Bozacak ya da Çevre veya Toplum Sağlığını Tehdit Edecek Nitelikte Olması**

5607 sayılı kanununun 4/7. maddesinde; *“Kaçakçılık suçunun konusunu oluşturan eşyanın, Devletin siyasî, iktisadî veya askerî güvenliğini bozacak ya da çevre veya toplum sağlığını tehdit edecek nitelikte olması halinde, fiil daha ağır cezayı gerektiren bir suç oluşturmadığı takdirde, verilecek hapis cezası on yıldan az olamaz”* hükmüne yer verilmiştir.

Bu madde kapsamında artırım yapılabilmesi için, suça konu kaçak sigaranın toplum ve çevre sağlığını tehdit edecek nitelikteki, özellikle zararlı atık ve artık madde veya tehlike yaratan vasıfta olması gerekir. Suça konu eşyanın kişilerin hayatını ve sağlığını tehlikeye düşürecek

<sup>50</sup> -YARGITAY 7. Ceza Dairesi 27/11/2019 Tarih, Esas No: 2019/5383, Karar No:2019/37827,, “sanık hakkında 5607 sayılı Yasanın 4/4. fıkrasında düzenlenen meslek ve sanatın sağladığı kolaylıktan faydalanarak işlediğinden bahisle artırım yapılmış ise de sanığın şoför olmasının başlı başına 4/4. fıkrasında vücut bulan nitelikli hale sebebiyet vermeyeceği gözetilmeden ve mesleğinin de nasıl bir kolaylık sağladığı tartışılmadan sanık hakkında fazla ceza tayini”, Yargıtay kararına UYAP Ekranından erişim sağlanmıştır.

<sup>51</sup> Çilesiz, s.470-471

nitelik arz edip etmediği konusunda uzman bilirkişi raporu alınarak sonucuna göre hukuku durumunun tayin ve takdiri gerekecektir<sup>52</sup>.

### **E- Kaçak Eşyanın Değerinin Fahiş Olması**

5607 sayılı kanununun 3/22. maddesinde; *“Kaçakçılık suçların konusunu oluşturan eşyanın değerinin fahiş olması hâlinde, verilecek cezalar yarısından bir katına kadar artırılır”* hükmüne yer verilmiştir.

Bu düzenleme aleyhe bir husus içermese nedeniyle yürürlüğe girdiği 28/06/2014 tarihten itibaren işlenen suçlar açısından uygulanacaktır.

Kaçak eşya tespit tutanağında gümrüklenmiş değer belirtilmiş ise fahiş olup olmadığı hususunda hükme esas alınması için yeterlidir.

Kaçak eşya olan sigaranın değerinin fahiş kabul edilmesi halinde cezada artırıma gidilecektir. Hangi miktarın fahiş kabul edildiğine ilişkin kanunda açık bir hüküm yoktur. Ancak maddenin gerekçesinde de belirtildiği üzere fahiş kabul edilecek değerler suç tarihi ve paranın satın alma gücü, değeri ve ekonomik durumlara göre Yargıtay kararlarıyla şekillenecektir<sup>53</sup>. Uygulamada birliğin sağlanması ve bunun sonucu hakkaniyetin gerçekleşmesi açısından fahiş kabul edilen miktarın genel olarak her olay için aynı biçimde uygulanabilecek kriterlerin Yargıtay’ın anılan maddenin uygulanması sürecindeki içtihatlarına paralel şekilde belirlenmesi gerekecektir.

<sup>52</sup> YARGITAY 7. Ceza Dairesi 24/10/2016 Tarih, Esas No: 2016/9984, Karar No: 2016/10060; “davaya konu gıda maddesinin “insan sağlığına zarar verecek muhteviyatta” olup olmadığı, “kişilerin hayatını ve sağlığını tehlikeye düşürecek” nitelik arz edip etmediği konusunda mütalaa alındıktan sonra, tüm deliller birlikte değerlendirilerek sanıkların hukuku durumunun tayin ve takdiri yerine, eksik araştırma ile yazılı şekilde hüküm kurulması”, Yargıtay kararına UYAP Ekranından erişim sağlanmıştır.

<sup>53</sup> YARGITAY 7. Ceza Dairesi 08/04/2019 Tarih, Esas No: 2018/17514, Karar No: 2019/29815; “Suç tarihi 2015 olan olayda, Dava konusu kaçak eşyanın gümrüklenmiş değeri olan 122.257,44 TL nin suç tarihi itibarıyla paranın satın alma gücüne göre fahiş kabul edilip sanık hakkında 5607 sayılı Yasanın 3/22. maddesinin uygulanma şartlarının oluştuğu gözetilmeden yazılı şekilde eksik ceza tayini”, Yargıtay kararına UYAP Ekranından erişim sağlanmıştır.

Yargıtay 7. Ceza Dairesince 3/22. maddesi kapsamında sigara kaçakçılığı da dahil tüm kaçakçılık suçları açısından da geçerli olan yıllara göre fahiş olarak kabul ettiği değerlere örnek olarak;

2014 yılı için 90.000 TL,

2015 yılı için 100.000 TL,

2016 yılı için 110.000 TL,

2017 yılı için 120.000 TL,

2018 yılı için 135.000 TL,

2019 yılı için 160.000 TL,

2020 yılı için 185.000 TL ve üzeri olduğu gösterilebilir.

TCK 43. maddesinin uygulandığı hallerde eylemlerin toplam gümrüklenmiş değerinin nazara alınmayıp her bir eylemin ayrı ayrı gümrüklenmiş değerlerinin nazara alınması gerekecektir.

## **6- KAÇAK EŞYA(Sigara) DEĞERİNİN “HAFİF” YA DA “PEK HAFİF” OLMASI DURUMU**

15/04/2020 tarihinde yürürlüğe giren 7242 sayılı kanunla 5607 sayılı kanunun 3/22. maddesine “*eşyanın değerinin hafif olması halinde verilecek cezalar yarısına kadar, pek hafif olması halinde üçte birine kadar indirilir*” şeklinde ikinci bir cümle eklenmiştir. Bu hüküm sigara kaçakçılığı suçu dahil tüm kaçakçılık eylemleri hakkında uygulanabilecektir. Lehe bir durum olması nedeniyle yürürlük tarihinden önceki suçlar açısından da değerlendirilecektir.

Bu yeni değişiklikle kaçak eşya olan sigaranın değerinin hafif olması halinde verilecek cezalar yarısına kadar, pek hafif olması halinde üçte birine kadar indirileceği belirtilmiştir.

Eklenen bu fıkra uyarınca uygulama şartları oluştuğu durumlarda indirim yapıp yapmama hususunda hakime takdir hakkı tanınamış olup fıkranın uygulanması zorunludur. Ancak hakime indirim oranı ile ilgili olarak ‘yarısına kadar’, ‘üçte birine kadar’ denilmek suretiyle takdir hakkı verilmiştir.

Bu değişlikle Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu terminolojisine “hafif” ya da “pek hafif” değer kavramları dahil olmuştur. “Hafif” ya da “pek hafif” değer kavramları mülga 765 sayılı TCK'nın 522. maddesinde düzenlenmiş buna göre mülga TCK'nın 10. Babında düzenlenen mal aleyhine işlenen suçlara yönelik uygulanan ve indirim öngören kavramlardı. Ancak 765 sayılı TCK mülga edilerek yerine getirilen 5237 sayılı yeni Türk Ceza Kanununda “hafif” ya da “pek hafif” kavramları uygulama yeri bulmamıştı.

Kaçak eşya tespit tutanağında ele geçen sigaranın değeri belirtilmiş ise pek hafif veya hafif değerin tespiti hususunda hükme esas alınması için yeterlidir.

Kaçakçılıkla Mücadele Kanununda “hafif” ya da “pek hafif” kabul edilen değerler açısından rakamsal bir sınırlandırma getirilmemiştir. Fakat hâkime, yargılama konusu maddi olayla ilgili olarak bu değerler açısından takdir ve değerlendirme yetkisi tanınmıştır. Mülga 765 sayılı TCK dönemindeki uygulamaları da göz önüne aldığımızda, değerlerin belirlenmesi hususunda, uygulamada birliğin sağlanması ve bunun sonucu hakkaniyet ve kanun önünde eşitlik ilkelerinin gerçekleşmesi açısından kaçak eşya olan sigaraların olay veya kişiye özgü değil, genel olarak her olay için uygulanabilecek her yıl paranın satın alma gücü ve enflasyon oranındaki artışlara göre pek hafif, hafif değere ilişkin miktarlar Yargıtay'ın anılan maddenin uygulanması sürecindeki içtihatlarına paralel şekilde belirlenmesi gerekecektir.

Yargıtay 7. Ceza Dairesinin 3/22.maddesi kapsamında sigara kaçakçılığı da dahil tüm kaçakçılık suçları açısından da geçerli olan yıllara göre pek hafif, hafif olarak kabul ettiği değerler aşağıdaki tabloda gösterilmiştir;

| Yıl  | Pek Hafif | Hafif          | Yıl  | Pek Hafif | Hafif         |
|------|-----------|----------------|------|-----------|---------------|
| 2008 | 0-9000 TL | 9000-24000 TL  | 2014 | 0-13500TL | 13500-36000TL |
| 2009 | 0-9750 TL | 9750-26000 TL  | 2015 | 0-15000TL | 15000-40000TL |
| 2010 | 0-10500TL | 10500-28000 TL | 2016 | 0-16500TL | 16500-44000TL |
| 2011 | 0-11250TL | 11250-30000 TL | 2017 | 0-18000TL | 18000-48000TL |
| 2012 | 0-12000TL | 12000-32000TL  | 2018 | 0-20250TL | 20250-54000TL |
| 2013 | 0-12750TL | 12750-34000TL  | 2019 | 0-24000TL | 24000-64000TL |
|      |           |                | 2020 | 0-27750TL | 27750-74000TL |

Bu değişlikle, kişisel kullanım miktarı üzerinde olup suç kapsamında kalan fiillerde ele geçen sigaranın değerinin hafif veya pek hafif olmasına göre düşük veya yüksek miktarda eşya(kaçak sigara) ile yakalanan kişiler arasında uygulanacak cezalar açısından ceza adaletinin sağlanması ve hakkaniyetin gerçekleşmesi amaçlanmıştır.

## 7- ETKİN PİŞMANLIK

Etkin pişmanlığı, suçun tamamlanması sonrası ortaya çıkan ve suçun zararlı veya tehlikeli etkilerini ortadan kaldırmak veya mümkün olduğunca hafifletmek amacıyla aktif bir çaba içine girmesiyle cezayı kaldıran veya azaltan bir kurum olarak tanımlayabiliriz<sup>54</sup>.

Etkin pişmanlığın maddi unsurları; bir suçun bulunması, suçun tamamlanmış olması, faildeki pişmanlığın etkin olması ve yasal süre içinde pişmanlık duyulması olarak ayrılabilir<sup>55</sup>.

<sup>54</sup> Toroslu, Nevzat; *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 20. Baskı, Ankara 2014, s.292

<sup>55</sup> Gödekli, Mehmet; "Türk Ceza Öğretisi ve Uygulamasında Etkin Pişmanlık", *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, (Ocak 2017), Sayı 29, s.295



Kaçakçılıkla Mücadele Kanununda etkin pişmanlık hükümleri 5. maddede düzenlenmiştir. Buradaki hükümler sigara kaçakçılığı suçu açısından da geçerlidir.

5607 sayılı kanunun 5/1. maddesinde; *“suçu işleyen faillerden birisi, suçla ilgili resmi makamlarca haber alınmadan önce suça ilişkin verdiği bilgiler sonucu diğer faillerin ve suç konusu kaçak eşyaların ele geçmesini sağlaması durumunda bu kişiye ceza verilmeyecektir. Ancak resmi makamlarca haber alındıktan sonra fiilin tamamen ortaya çıkmasını sağlaması durumunda 5/1.madde 2. cümlesine göre ceza üçte iki oranında indirilecektir”* şeklinde düzenleme yer almaktadır.

5607 sayılı kanunun 5/1. maddesinde etkin pişmanlık “resmi makamlarca haber alınmadan önce” ve “resmi makamlarca haber alındıktan sonra” olmak üzere iki ayrı evrede değerlendirmeye tabi tutulmuştur.

*“Resmi makamlarca haber alınmadan önce”* suça ilişkin verdiği bilgiler sonucu diğer faillerin ve suç konusu kaçak eşyaların ele geçmesini sağlaması durumunda bu kişiye ceza verilmeyecektir.

*“Resmi makamlarca haber alındıktan sonra”* ise suça ilişkin verdiği bilgiler sonucu diğer faillerin ve suç konusu kaçak eşyaların ele geçmesini sağlaması durumunda cezada üçte iki oranında indirim uygulanacaktır. Failin 5/1.madde 2. cümlesinden faydalanabilmesi için fiilin tamamen ortaya çıkmasını sağlaması gerekir. Örneğin sadece diğer suç ortağının ismini vermiş olması bu madde kapsamından yararlanması için yeterli değildir<sup>56</sup>. Fail verdiği bilgiler sonucu kaçak

<sup>56</sup> YARGITAY 7. Ceza Dairesi 14/01/2019 Tarih, Esas No: 2018/17999, Karar No: 2019/589; “olay tarihinde sanık Cahit'in sevk ve idaresindeki araç içerisinde yakalanan kaçak sigaralardan haberdar olmadığına yönelik savunmasının 5607 sayılı Yasanın 5/1. maddesinin 2. cümlesi anlamında etkin pişmanlıktan yararlanmak için gerekli olan pişmanlık duymak ve “fiilin tüm yönleriyle ortaya çıkarılmasına” yönelik bir beyan sayılmayacağı, zira somut olayda sanığın kastının etkin pişmanlık duyarak, eylemin niteliğini açıklayıp, olayın etraflıca meydana çıkartılmasına hizmet ve yardım niteliğinde değil suçtan kurtulmaya yönelik savunma olarak değerlendirilmesi gerektiği, bu nedenle sadece sigaraların asıl sahibi olan diğer sanık Faruk'un isminin verilerek hakkında dava açılmasına neden olunmasının tek başına cezadan indirim yapılmasını öngören etkin pişmanlığa vücut vermeyeceği”, Yargıtay kararına UYAP Ekranından erişim sağlanmıştır.

sigaraları aldığı kişi, varsa diğer faillerin ve suç konusu kaçak eşyaların tamamının ele geçmesini sağlaması durumunda 5/1.madde 2. cümlesinden faydalanabilecektir.

5607 sayılı kanunun 5. maddenin 2. fıkrasına göre ise; “(2) Yedinci fıkrası hariç, 3 üncü maddede tanımlanan suçlardan birini işlemiş olan kişi, etkin pişmanlık göstererek suç konusu eşyanın gümrüklenmiş değerinin iki katı kadar parayı Devlet Hazinesine;

a) Soruşturma evresi sona erinceye kadar ödediği takdirde, hakkında bu Kanunda tanımlanan kaçakçılık suçlarından dolayı verilecek ceza yarı oranında,

b) Kovuşturma evresinde hüküm verilinceye kadar ödediği takdirde, hakkında bu Kanunda tanımlanan kaçakçılık suçlarından dolayı verilecek ceza üçte bir oranında, indirilir. Bu husus, soruşturma evresinde Cumhuriyet savcısı tarafından şüpheliye ihtar edilir. Soruşturma evresinde ihtar yapılmaması hâlinde kovuşturma evresinde hâkim tarafından sanığa ihtar yapılır.”

Ceza Muhakemesi Kanununun 2. maddesinde soruşturma ‘yetkili mercilerce suç şüphesinin öğrenilmesinden iddianamenin kabulüne kadar geçen evre’ olarak belirtildiği üzere şüpheli mahkemece iddianamenin kabulüne önce eşyanın gümrüklenmiş değerinin iki katı kadar parayı ödediği takdirde 5/2.a maddesi gereğince yarı oranında indirimden faydalanacaktır. Buna karşılık kovuşturma başladıktan sonra hüküm verilinceye kadar ödeme yaptığı takdirde 5/2.b maddesi gereğince üçte bir oranında indirimden faydalanacaktır.

Gümrüklenmiş değer; 5607 sayılı kanunun 2/1.a maddesinde, “Uluslararası kıymet sözleşmesine göre belirlenecek ithal eşyası için eşyanın CIF(mal bedeli, sigorta ve navlun ödenmiş teslim) kıymeti ile gümrük vergileri toplamını, ihraç eşyası için FOB(gemi bordasında teslim) kıymeti ile gümrük vergileri toplamını” olarak tarif edilmiştir.

Gümrüklenmiş değer, Gümrük Müdürlüğünce düzenlenen kaçak eşya tespit varakasında tespit edilip belirtilmiş ise, işleme esas alınması için yeterlidir. Ayrıca bilirkişi inceleme yaptırılmasına gerek

yoktur. Ancak kaçak eşya tespit tutanağında değer tespit edilmemişse bu konuda bilirkişi raporu alınması gerekir.

5607 sayılı kanunun 5/2.son maddesi gereğince, faile eşyanın gümrüklenmiş değerinin iki katı kadar parayı ödemesi hususunda soruşturma evresinde Cumhuriyet savcısınca ihtar yapılmalıdır. Cumhuriyet savcısınca ihtar yapıldığı takdirde kovuşturma aşamasında hakim tarafından yeniden ihtarla bulunmasına gerek yoktur. Ancak soruşturma aşamasında Cumhuriyet savcısınca ihtar yapılmamış ise, kovuşturma aşamasında hakim tarafından ihtarla bulunması gerekecektir.

5607 sayılı kanunun 5/2. maddesinde bu fıkrada düzenlenen etkin pişmanlık hükümlerinden 5607 sayılı kanunun 3/7. maddesinde düzenlenen suç tipi olan İthal kanun gereğince yasak olan eşyayı ülkeye sokan kişi, İthal yasak eşyayı, bu özelliğini bilerek satın alan, satışa arz eden, satan, taşıyan veya saklayan kişilerin yararlanamayacağı düzenlenmiştir.

5607 sayılı kanunun 5/2. maddesindeki etkin pişmanlık hükümleri mükerrerler hakkında veya kaçakçılık suçunun bir örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenmesi halinde de uygulanmayacak ve fail pişmanlık hükümlerinden faydalanamayacaklardır.

15/04/2020 tarihinde yürürlüğe giren 7242 sayılı kanunla yapılan değişiklikten önce 5607 sayılı kanunun 5/2. maddesindeki etkin pişmanlık hükümlerinden sadece soruşturma evresinde faydalanma imkanı vardı. Bu değişikle 5/2. maddesinden kovuşturma evresinde de faydalanma imkanı getirilerek uygulama alanı genişletilmiştir. Lehe bir durum olması nedeniyle yürürlük tarihinden önceki suçlar açısından da değerlendirilecektir.

## **8- MÜSADERE ve TASFİYE**

Sigara kaçakçılığı suçunun işlenmesinde kullanılan veya suçun işlenmesine tahsis edilen araçların ya da suçtan meydana gelen eşyanın müsaderesine karar verilecektir.

5607 sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanununun 13. maddesinde müsadereye ilişkin hükümler yer almaktadır. Maddenin 1.fıkrasında; bu kanunda tanımlanan suçlarla ilgili olarak da 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun eşya ve kazanç müsaderesine ilişkin hükümlerin uygulanacağı belirtilmiştir.

5607 sayılı kanunun 13/1. maddesine göre, kaçak eşya taşımasında bilerek kullanılan veya kullanılmaya teşebbüs edilen her türlü taşıma aracının müsadere edilebilmesi için aşağıdaki koşullardan birinin gerçekleşmesi gerekecektir. Bu koşullar;

a) Kaçak eşyanın, suçun işlenmesini kolaylaştıracak veya fiilin ortaya çıkmasını engelleyecek şekilde özel olarak hazırlanmış gizli tertibat içerisinde saklanmış veya taşınmış olması,

b) Kaçak eşyanın, taşıma aracı yüküne göre miktar veya hacim bakımından tamamını veya ağırlıklı bölümünü oluşturması veya naklinin, bu aracın kullanılmasını gerekli kılması,

c) Taşıma aracındaki kaçak eşyanın, Türkiye'ye girmesi veya Türkiye'den çıkması yasak veya toplum veya çevre sağlığı açısından zararlı maddelerden olmasıdır.

Aracın müsadere edilebilmesi için aynı fıkranın (a), (b) ve (c) bentlerinde belirtilen koşullardan birinin gerçekleşmesi zorunludur. Bu koşulların var olup olmadığı hususlarında bilirkişi raporu alınması gerekir.

Nakil aracı sicil kayıtlarında fail adına kayıtlı görünmese de, eğer failin aracı haricen satın aldığı veya sahibi olduğu anlaşılıyorsa araç bu durumda da müsadere edilecektir.

Nakil aracının kaçak eşya taşımasında bilerek kullanılması gereklidir. Aracın fail dışında üçüncü bir kişiye ait olduğu anlaşılması halinde bu kişinin malen sorumlu olarak dinlenip sonucuna göre karar verilmesi gerekir.

Sigara kaçakçılığı suçunun işlenmesinde kullanılan veya suçun işlenmesine tahsis edilen eşyaların müsadere edilebilmesi için eşyanın iyiniyetli üçüncü kişilere ait olmaması gerekmektedir<sup>57</sup>.

5607 sayılı kanununun 13/2. maddesi gereğince etkin pişmanlık nedeniyle fail hakkında cezaya hükümlenmemesi veya kamu davasının düşmesine karar verilmesinin, sadece suç konusu eşya ile ilgili olarak müsadere hükümlerinin uygulanmasına engel değildir.

Sanığın ticari amaçla hareket etmediği, ele geçen sigaranın kişisel kullanım miktarı içerisinde kaldığı gerekçesiyle sanık hakkında beraat kararı verilse de kaçak sigara müsadere edilecektir<sup>58</sup>. Suçun işlenmesinde kullanılan eşyanın, bunu kullanan fail akıl hastası olması nedeniyle cezalandırılmasa dahi müsaderesine hükmedilebilecektir<sup>59</sup>. Davanın zamanaşımı nedeniyle düşmesine karar verilse bile müsadere kararı verilebilecektir. Müsadere için, kaçak sigaranın nasıl ve ne şekilde kişinin eline geçtiğinin bir önemi yoktur.

Türk Ceza Kanunu 54/3. maddesi gereğince, suçta kullanılan eşyanın müsadere edilmesinin işlenen suçta nazaran daha ağır sonuçlar doğuracağı ve bu nedenle hakkaniyete aykırı olacağı anlaşıldığında, müsaderesine hükmedilmeyebilecektir.

---

<sup>57</sup> YARGITAY 7. Ceza Dairesi 21/05/2019 Tarih, Esas No: 2019/2260, Karar No:2019/31745,, "nakil aracının malen sorumluya ait olması, kayıt malikinin araçta kaçak eşya taşınacağından haberinin olmadığını, sanığın araçta şoför olarak çalıştığını beyan etmesi ve suçun işlendiğinden haberdar olduğuna dair delil elde edilememesi karşısında, TCK'nun 54/1. maddesi uyarınca iyi niyetli 3. kişiye ait eşyanın müsadere edilemeyeceği gözetilmeden nakil aracının sahibine iadesi yerine müsaderesine karar verilmesi", Yargıtay kararına UYAP Ekranından erişim sağlanmıştır.

YARGITAY 7. Ceza Dairesi 26/09/2019 Tarih, Esas No: 2019/2362, Karar No: 2019/35332,, "Sanığın aracı haricen satın alındığının belirtilmesi karşısında, aracın sanığa ait olduğu anlaşılacakla dava konusu nakil vasıtasının müsaderesi yerine, yazılı şekilde iadesine karar verilmesi", Yargıtay kararına UYAP Ekranından erişim sağlanmıştır.

<sup>58</sup> Karakaş, Birsen, *Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu*, Ankara 2019, s.31: Hakeri, Hakan; *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara 2020, 23. Baskı, s. 686

<sup>59</sup> Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 31/10/2017 tarih, Esas 2014/7-341, Karar no;2017/446, Yargıtay kararına UYAP Ekranından erişim sağlanmıştır.

Aracın gizli bölümünün olması tek başına müsadere için yeterli olmayıp bu durumda da suça konu eşyanın taşıma aracı yüküne göre miktar ve hacim itibariyle ağırlıklı bölümünü oluşturması gerekir. Bu şartlar gerçekleşmeden müsadere kararı verilmesi hakkaniyete de aykırı olacaktır<sup>60</sup>.

5607 sayılı kanunun 10. maddesi gereğince, sigara kaçakçılığı suçunun işlenmesinde kullanılan taşıtlara, kural olarak Ceza Muhakemesi Kanununun 128/4. maddesinde belirtilen şekilde bu araçların kayıtlı bulunduğu sicile şerh verilmek suretiyle el konulacağı düzenlenmiştir. Ancak yine 5607 sayılı kanunun 10. maddesine göre, taşıtın 5607 sayılı kanunun 13/1.a maddesi kapsamında ki özel olarak hazırlanmış gizli tertibat içermesi, taşıtın Türkiye’de sicile kayıtlı olmaması ya da soruşturma ve kovuşturma devam ederken kaçakçılık suçunun işlenmesinde tekrar kullanılması durumlarında el konulan araç fiili olarak alıkonulacaktır.

5607 sayılı kanunun 11/5. maddesinde Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu uyarınca el konulan sigara tütün mamullerinden el koyan idarelerce yeterli miktarda numune alınacağı, numune dışındaki kısım tutanağa bağlanmak suretiyle imha edileceği, İmha tutanağı ile numune en yakın gümrük idaresine teslim edeceği düzenlenmiştir. Yargılama sonucu kalan numunelerin 5607 sayılı kanunun 13/1. ve TCK 54/4. maddeleri gereğince müsaderesine karar verilecektir.

Sigara kaçakçılığı suçunun işlenmesinde kullanılan veya suçun işlenmesine tahsis edilen eşyaların müsaderesinin imkansız kılınması(örneğin eşyanın, ortadan kaldırılması veya elden çıkarılması) halinde; bu eşyanın değeri kadar para tutarının TCK 54/2. maddesi gereğince müsaderesine karar verilecektir.

---

<sup>60</sup> YARGITAY 7. Ceza Dairesi 06/02/2019 Tarih, Esas No: 2016/11842, Karar No: 2016/10649; “Dava konusu nakil aracında, toplam 80 karton kaçak sigaranın ele geçirildiği yer bilirkişi raporu ile de gizli bölme niteliğinde olduğu sabit ise de; suça konu eşyanın taşıma aracı yüküne göre miktar ve hacim itibariyle ağırlıklı bölümünü oluşturmadığı işlenen suça nazaran nakil aracının müsaderesininin 5237 sayılı TCK’nun 54.maddesi gereğince hakkaniyete de aykırı olacağına anlaşılması karşısında nakil aracının iadesi yerine yazılı şekilde müsaderesine karar verilmesi”, Yargıtay kararına UYAP Ekranından erişim sağlanmıştır.

Sigara kaçakçılığı suçu dahil tüm kaçakçılık suçlarının işlenmesinde kullanılan veya suçun işlenmesine tahsis edilen eşyalar hakkında, eşyanın zarara uğraması veya değerinde esaslı ölçüde kayıp meydana gelme tehlikesinin varlığı veya muhafazasının ciddi külfet oluşturmada 5607 sayılı kanununun 16. maddesi gereğince tasfiye kararı verilebilecektir.

TCK 60. maddesine göre yararına işlenen suçlarda özel hukuk tüzel kişileri hakkında da müsadere hükümleri uygulanabilecektir.

### **9- SUÇUN SORUŞTURMASI ve GÖREVLİ MAHKEME**

Suçun soruşturması ve kovuşturması şikayete tabi olmayıp resen takip edilen suçlardandır. Uzlaşmaya tabii suçlardan da değildir. 5607 sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanununun 17/2. maddesi gereğince, bu kanun kapsamına giren suçlar dolayısıyla açılan davalar, Adalet Bakanlığının teklifi üzerine Hakimler ve Savcılar Kurulunca belirlenen asliye ceza mahkemelerinde görülecektir. Ancak bu suçlarla bağlantılı olarak resmî belgede sahtecilik suçunun işlenmesi halinde, görevli mahkeme ağır ceza mahkemesi olacağı belirtilmiştir.

### **SONUÇ**

Kaçakçılık fiilleri coğrafi, politik, ekonomik, ticari ve sosyal etkilere bağlı olarak işlendiği yer ve zamana göre farklılık gösterebilir. Suç açısından failin amacı kazanç sağlama olmalıdır. Bu nedenle, bu suç ancak özel kastla işlenebilir.

Sigaranın yaygın kullanımı, kolayca paraya çevrilebilmesi ile organize suç ve terör örgütlerinin en önemli finans kaynağı olması yönüyle ülkemizde kaçakçılık suçuna en çok konu edilen eşya özelliği taşımaktadır. Özellikle doğu ve güneydoğuda sınırimız olan ülkelerdeki otorite boşluklarının etkisiyle kaçak sigaraların büyük kısmının ülkemize girişi bu bölgelerden yapılmaktadır. Sigara kaçakçılığı suçları devletin kendi milli sınırları dahilindeki her türlü eşya giriş ve çıkışını kontrol etme ve düzenleme yetkisinin ihlali niteliğindedir. Sigara

kaçakçılığı suçlarının vergi kaybına sebep olması sonucu devlet suçun mağdurudur. Kamu hizmetlerinin en önemli finansmanlarından birisi de vergiler olması nedeniyle devlet tarafından yürütülen kamu hizmetlerinden yararlanan bireylerden oluşan toplum da dolaylı yönden suçun işlenmesinden olumsuz etkilenir.

4733 sayılı kanunda sigara kaçakçılığına ilişkin hükümler kaldırılıp 5607 sayılı kanuna aktarılmak suretiyle kaçak tütün mamulleri ilgili düzenlemeler tek kanun olarak 5607 sayılı kanunda toplanması, kaçakçılıkla mücadelenin etkin bir şekilde yürütülmesi ve uygulamadaki tereddütlerin ortadan kaldırılması açısından olumlu bir gelişme olarak değerlendirilebilir.

5607 sayılı kanunun 5/2. maddesinde düzenlenen etkin pişmanlık müessesesinin eleştiri konusu yapılan soruşturma evresiyle sınırlı tutulmasına ilişkin uygulamadan vazgeçilerek kovuşturma evresinde de faydalanabilecek bir hale getirilmesi, hem devletin uğradığı zararın giderilmesinin sağlanması hem de ekonomik bir suç olan sigara kaçakçılığı suçu açısından sanığa kovuşturma aşamasında etkin pişmanlıktan faydalanarak hakkında uygulanacak cezanın indirilmesini sağlama yolunun açılmış olması olumlu bir gelişme olarak değerlendirilebilir.

15/04/2020 tarihinde yürürlüğe giren 7242 sayılı kanunla 5607 sayılı kanunun 3/22. maddesine *“eşyanın değerinin hafif olması halinde verilecek cezalar yarısına kadar, pek hafif olması halinde üçte birine kadar indirilir”* cümlesi eklenmiştir. Bu yeni düzenleme, kişisel kullanım miktarı üzerinde olup suç kapsamında kalan fiillerde ele geçen sigaranın değerinin hafif veya pek hafif olmasına göre düşük veya yüksek miktarda eşya(kaçak sigara) ile yakalanan kişiler arasında ceza adaletinin sağlanması ve hakkaniyetin gerçekleştirilebilmesi açısından olumlu bir gelişme olarak değerlendirilebilir.

Devletlerin daha fazla kar elde etme amacıyla yüksek vergi uyguladığı ülkelerde sigara fiyatlarındaki yükseliş farklı ülkelerdeki sigaralar arasındaki büyük fiyat çeşitliliği sonucu olarak kişilerin kaçak sigaraya yönelmesine ve sigara kaçakçılığında artışa yol açmaktadır.



Bu kapsamda vergiyi miktarını düşürmenin yanı sıra ülke sınırlarda ve gümrüklerdeki denetimlerin yoğunlaştırılması ile ülkeler arasındaki işbirliğinin artırılması kaçakçılık suçlarının azaltılması için çözüm olabilir.

### KAYNAKÇA

Akbulut, Berrin; "Fiyatları Etkileme Suçu", *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, Sayı 20 (2015)

Akbulut, Berrin; *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 5. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2018

Arslan, Çetin / Balan, Arzu; "Gümrük Kaçakçılığı Suçunun Nitelikli Hali Olarak Ülkeye Kaçak Akaryakıt Sokma Fiili", *D.E.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi*, Prof. Dr. Durmuş TEZCAN'a Armağan, C.21, Özel Sayı, 2019

Artuk, Mehmet Emin /Gökçen, Ahmet / Alşahin, Mehmet Emin / Çakır, Kerim; *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 11. Baskı, Ankara 2017

Aydın, Murat; *5607 Sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu Çerçevesinde Kaçakçılık Fiilleri ve Yaptırımları*, Adalet Yayınevi, Ankara 2012

Centel, Nur / Zafer, Hamide ; *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 10. Bası, İstanbul 2013

Çıldır, Şentürk/Denizhan, Hüseyin: *Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu*, Ankara 2015.

Çilesiz, Seyfettin; *İçtihatlı Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu Açıklaması*, 5. Bası, Adalet Yayınevi, Ankara 2019

Demirbaş, Timur; *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 12. Baskı, Ankara 2017

Donay, Süheyl; "Kaçakçılık Kanununa Genel Bir Bakış." *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 1971, 37.1-4: 191-214.

- Dönmezer, Sulhi / Erman, Sahir; *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Genel Kısım, Cilt II/1*, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul 1959
- Erman, Sahir; *Kaçakçılık Suçları*, 1981 İstanbul
- Emniyet Genel Müdürlüğü KOM Daire Başkanlığı, *Kaçakçılık ve Organize Suçlarla Mücadele 2018 Raporu, KOM Yayınları*, Ankara 2019
- Gedik, Doğan; *5607 Sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanununa Göre Akaryakıt Kaçakçılığı Suçları*, Ankara 2018.
- Gödekli, Mehmet; "Türk Ceza Öğretisi ve Uygulamasında Etkin Pişmanlık", *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, (Ocak 2017), Sayı 29
- Hafızoğulları, Zeki / Devrim Güngör; "Türk Ceza Hukukunda Suçların Tasnifi." *TBB Dergisi*, 2007, Sayı 69
- Hakeri, Hakan; *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara 2020, 23. Baskı
- İçel, Kayıhan; *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 4.Bası, 2017
- Karakaş, Birsen; *Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu*, Ankara 2019
- Kılıç, Kaptan; *Kaçakçılık Suçları, Gümrük Kabahatleri ve Gümrük Uyuşmazlıklarının Çözüm Yolları*, Gazi Kitabevi, Ankara 2013, s. 92
- Küçüktaşdemir, Özgür; *Ekonomik Suçlar Bağlamında Türk Ceza Kanununda Düzenlenen Suçlar ve Cezalar*, Seçkin Yayınları, Ankara 2018
- Koca, Mahmut / Üzülmez, İlhan; *Türk Ceza Kanunu Genel Hükümler*, 12.Baskı, Ankara 2019
- Joossens, Luk, and Martin Raw. "From cigarette smuggling to illicit tobacco trade." *Tobacco Control* 21.2 (2012), "Erişim Tarihi: 28/10/2020"
- Özbek, Veli Özer / Doğan, Koray / Bacaksız, Pınar / Tepe, İlker; *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 8.Baskı, 2017

- Özgenç, İzzet; *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 13. Baskı, Ankara 2017
- Özen, Mustafa; *5607 Sayılı Kaçakçılık Kanununda Düzenlenen Suçlar*, Adalet Yayınevi, 1.Bası, Ankara 2015
- Öztürk, Bahri / Erdem, Mustafa Ruhan; *Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku*, 19.Baskı, Ankara 2019
- Soyaslan, Doğan; *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Yetkin Yayınları, 8. Bası, Ankara 2018.
- Şen, Ersan; "Yer Sağlayıcıların 5607 Sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu Karşısında Hukuki Durumu ve Tüzel Kişi Yer Sağlayıcıların Ceza Sorumluluğu", *Ankara Barosu Dergisi* / 4 (Temmuz 2012)
- Toroslu, Nevzat; *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 20. Baskı, Ankara 2014
- Uğur, Alparslan / Kömürcüler, Emin; "Türkiye'de Sigaranın Vergilendirilmesinin Etkinliği", *Süleyman Demirel Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi*, Y.2015, C.20, S.4.
- Yurtcan, Erdener; *Yeni Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu Şerhi*, Seçkin Yayınları, 6.baskı, 2019
- İnternet kaynakları;
- Türk Dil Kurumu internet sitesi, <https://sozluk.gov.tr/> "Erişim Tarihi: 28/10/2020"
- [https://www.ticaret.gov.tr/gumruk-islemleri/sikca-sorulan sorular/bireysel/yolcu-muafiyetleri](https://www.ticaret.gov.tr/gumruk-islemleri/sikca-sorulan-sorular/bireysel/yolcu-muafiyetleri), "Erişim Tarihi: 28/10/2020"